Handelsgebräuche
unter besonderer Berücksichtigung der Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde (Dr. rer. oec.)

der

Handelshochschule Mannheim

Eingereicht von

Diplom-Kaufmann

Friedrich Wirth

aus Neunkirchen/Saar

Referent: Prof. Dr. Ludewig.
Korreferent: Prof. Dr. Sommerfeld.

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Februar 1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTS-VERZEICHNIS.

Einleitung und Problemstellung 1

Erstes Kapitel: Das Wesen des Handelsgebrauchs.

§ 1. Die bisherigen Ansichten vom Wesen des Handelsgebrauchs 3
§ 2. Entstehung und Wesen des Handelsgebrauchs . . . 4
§ 3. Das Verhältnis des Handelsgebrauchs zur Verkehrssitte 8
§ 4. Arten von Handelsgebräuchen 11

Zweites Kapitel: Die Stellung des Handelsgebrauchs innerhalb der Rechtsordnung.

§ 5. Handelsgebrauch und Gesetz 15
§ 6. Handelsgebrauch und Gewohnheitsrecht 19
§ 7. Handelsgebrauch und Rechtsentwicklung 20
§ 8. Anwendbarkeit des Handelsgebrauchs 22
§ 9. Der Handelsgebrauch im Prozeßverfahren . . . 24
§ 10. Kritik des Verfahrens der Handelskammern bei der Feststellung von Gutachten 26

Drittes Kapitel: Kodifikation von Handelsgebräuchen.

§ 11. Kodifikation durch Handelskammern 30
§ 12. Kodifikation durch wirtschaftliche Verbände . . .
I. Kodifikation durch wirtschaftliche Verbände im allgemeinen 33
II. Kodifikation der Gebräuche im südwestlichen Holzhandelsverkehr durch den Verein von Holzinteressenten in Freiburg i. Brsg. 35

Viertes Kapitel: Die wirtschaftliche Bedeutung der Handelsgebräuche.

§ 13. Die wirtschaftliche Bedeutung der Handelsgebräuche im allgemeinen 37
§ 14. Die wirtschaftliche Bedeutung der kodifizierten Handelsgebräuche 39

Fünftes Kapitel: Die rechtsgeschäftliche Bedeutung des Handelsgebrauchs.

§ 15. Handelsgebräuche legen Willenserklärungen aus . . 43
§ 16. Handelsgebräuche ergänzen Willenserklärungen . . 47
§ 17. Handelsgebräuche enthalten Erfüllungsmodalitäten . . 50
§ 18. Handelsgebräuche entscheiden über die rechtliche Bedeutung des Verhaltens von Kaufleuten 53
§ 19. Handelsgebräuche werden Vertragsbestandteile . . 57
I. Handelsgebräuche werden grundsätzlich Vertragsbestandteile 59
II. Handelsgebräuche werden in besonderen Fällen Vertragsbestandteile 61
§ 20. Einschränkende Wirkung von Treu und Glauben . . 68

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554418_0074

Einleitung und Problemstellung.

Besonders bedeutsam für die Anpassung des gesetzten Rechts an die Lebenstatsachen und ihre weitere Entwicklung ist die vom Gesetz häufig vorgeschriebene Berücksichtigung der Verkehrssitte und des Handelsgebrauchs.

Diese beiden Begriffe helfen dem Gesetz, dem Ruf nach lebendigem Recht Folge zu leisten. Eine Rechtsprechung nach dem Buchstaben des Gesetzes wäre ein Hemmschuh für unsere hoch entwickelte Wirtschaft. Sie bringen jene Dynamik in das Rechtsdenken, die es befähigt, nicht nur das „Sein", sondern auch das „Werden" zu beachten und ermächtigen den Richter, Urteile zu fällen, deren Auswirkungen das Gerechtigkeitsempfinden des Mannes der Wirtschaft befriedigen.

Mag sich die Wirtschaft entwickeln, wie sie will, das Recht und die Rechtsprechung können ihr mittels der Bedeutung, die sie dem Handelsgebrauch gewähren, folgen. Mögen einzelne Normen veraltet und reformbedürftig sein oder mag die Aufnahme neuer Normen notwendig sein oder werden, als Ganzes sind unsere Gesetze mit Hilfe der genannten Begriffe fähig, sich den Bedürfnissen der Wirtschaft anzupassen, und für Reformen und die Aufnahme neuer Bestimmungen bieten sie die beste Grundlage.

Das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt außer anderem vor allem in den §§ 157 und 242 Berücksichtigung der Verkehrssitte innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben. Das Handelsgesetzbuch, als Sonderrecht des Handelsstandes, fordert in seinem § 346 Rücksicht auf die unter Kaufleuten geltenden Gewohnheiten und Gebräuche.

Neben dem außerordentlich wichtigen § 346 nehmen noch weitere Paragraphen Bezug auf den Brauch: die §§ 90, 359, 380, 393 und 394 auf den Handelsgebrauch, die §§ 59, 77, 94, 96, 99, 396, 428, 561, 568, 575, 593, 595 und 599 auf den Ortsgebrauch, die §§ 344, 560, 577, 592, 594 und 604 auf die Ortsüblichkeit.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den unter Kaufleuten geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen, kurz den „Handelsgebräuchen".

Sie bieten durch die wichtige Stellung, die ihnen unsere Gesetze zuweisen, eine Fülle von rechtlichen und wirtschaftlichen Problemen. Zunächst sollen Wesen, Begriff und die Stellung des Handelsgebrauchs innerhalb der Rechtsnormen sowie das Kodifikationswesen behandelt werden. Dann wird auf die wirtschaftliche Bedeutung der Handelsgebräuche im allgemeinen und der kodifizierten Gebräuche im besonderen eingegangen. Der letzte Teil der

Arbeit befaßt sich mit der rechtsgeschäftlichen Bedeutung der Handelsgebräuche unter Verwendung von Gebräuchen, die der Gebräuchesammlung des Vereins der Holzinteressenten Südwestdeutschlands in Freiburg in Br., die den Titel „Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr" führt, entnommen sind. Näheres darüber wird in einem besonderen Abschnitt dieser Arbeit gesagt. Nur ausnahmsweise, wenn die erwähnten Gebräuche keine Möglichkeit zur Erläuterung der theoretischen Ergebnisse bieten, werden andere Handelsgebräuche herangezogen. In diesem zweiten Teil der Arbeit wird auch auf die wirtschaftlichen Hintergründe der angezogenen Handelsgebräuche eingegangen.

Zu einer Erläuterung aller Gebräuche, die die genannte Sammlung enthält, bietet diese Schrift keinen Raum. Es werden nur solche Gebräuche herangezogen, die die Ergebnisse des ersten Teiles der Arbeit markant beleuchten.

ERSTES KAPITEL

Das Wesen des Handelsgebrauchs.

§ 1. Die bisherigen Ansichten vom Wesen des Handelsgebrauchs.

Ueber das Wesen des Handelsgebrauchs herrscht sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der Rechtsprechung noch immer Streit. Rehme[1] nennt den Handelsgebrauch die im geschäftlichen Verkehr unter Kaufleuten sich bildende Verkehrssitte. Er sei eine Unterart der allgemeinen Verkehrssitte, deshalb treffe rechtlich für ihn zu, was für die Verkehrssitte gilt, sofern für ihn keine Sonderregelung getroffen sei.

Laband[2] definiert den Handelsgebrauch als den gleichmäßigen Inhalt der vertragsmäßigen Festsetzungen, welche in den Handelsgeschäften immer wiederkehren. Endemann[3] nennt ihn die Art, wie im Handel bei gewissen Rechtsakten oder Rechtsgeschäften verfahren wird, während Voigtel[4] ihn als jedes tätige gleichförmige Handeln im kaufmännischen Geschäftsverkehr bezeichnet. Schreiber[5] versteht unter Handelsgebrauch die Tatsache, daß sich gewisse Vorgänge allgemein oder in bestimmten Kreisen oder in bestimmter Art abspielen. Dernburg[6] hält das für Handelsgebrauch, was bei Geschäften gewisser Art meistens vorkommt, ohne daß es zu einer Rechtsregel wird. Hellauer[7] sieht in Handelsgebrauch, Handelssitte, Usance eine von Kaufleuten eingehaltene Vorgangsweise in ihrer Handelspflege, die so allgemein befolgt wird, daß eine Abweichung von ihr als Ausnahme erscheinen muß, und Gutsche-Behrend[8] sehen in ihm die Uebung, die im gewöhnlichen Verkehr gang und gäbe ist.

Trotz der schon angedeuteten Verschiedenheit der Auffassungen über den Begriff Handelsgebrauch sind in allen diesen Definitionen gemeinsame Merkmale festzustellen. Niemand verkennt, daß es sich beim Handelsgebrauch um etwas handelt, das mit dem Verkehr unter Kaufleuten — mit dem Geschäftsverkehr — zu tun hat. In allen Erklärungen ist darauf hingewiesen, daß er für den

---

[1] In Ehrenbergs Handbuch, Bd. 1, S. 271.
[2] Laband a. a. O., S. 481.
[3] Endemann, Handbuch 1, S. 45.
[4] Voigtel, Busch's Archiv, Bd. 6, S. 461.
[5] Schreiber, Handelsgebräuche, S. 10.
[6] Pandekten, Bd. 1, S. 44.
[7] Hellauer a. a. O., S. 261.
[8] Gutsche-Behrend a. a. O., S. XXVI.

Verkehr zwischen Kaufleuten, und zwar nur für den Verkehr zwischen Kaufleuten, Bedeutung hat[9]. Weiter ist zu erkennen, daß nur das Handelsgebrauch sein kann, was oft in diesem Verkehr vorkommt. Alle Autoren weisen nachdrücklich darauf hin, daß bestimmte Vorgangsweisen im Handelsverkehr, die sich immer wiederholen, Merkmale der Handelsgebräuche sind.

Verschieden sind die Ausgangspunkte, von denen die Definitionen ausgehen. Sie lassen sich in zwei Gruppen zusammenfassen. Rehme, Laband und Endemann rücken die rechtliche Bedeutung des Handelsgebrauchs in den Vordergrund, während Voigtel, Schreiber, Dernburg, Hellauer und Gutsche-Behrend von seiner wirtschaftlichen Bedeutung ausgehen. Sie erkennen, daß seine rechtliche Bedeutung eine Folge der Funktion ist, die er sich im Handelsverkehr erworben hat.

Zur Feststellung der Ursachen der Verschiedenheit der Auffassungen über den Begriff Handelsgebrauch erscheint eine Betrachtung der Entstehung und Entwicklung solcher Gebräuche notwendig. Auf diesem Weg soll versucht werden, zu einer klaren Erfassung des Wesens des Handelsgebrauchs zu kommen. Dies führt zu der Auffassung, daß Usance und Handelssitte dasselbe bedeuten wie Handelsgebrauch[10].

§ 2. Entstehung und Wesen des Handelsgebrauchs.

Schon seit der Mensch Handel treibt, gibt es gewisse allgemeine Verhaltungsweisen, unter deren Einwirkung sich der Handel vollzieht. Lange Reihen gleichartiger Geschäfte veranlaßten und veranlassen noch heute den Kaufmann, Vereinfachungen in seinem Geschäftsverkehr durchzuführen. In Anlehnung an frühere Erfahrungen bilden sich bestimmte Vorgangsweisen bei der Abwicklung von Geschäften heraus. Sie werden immer mehr beachtet und werden mit der Zeit allgemein befolgt. Die Mehrzahl der Kaufleute kommt zu der Ueberzeugung, daß sich eine Handelsübung entwickelt hat, zu deren Beachtung sie verpflichtet sind. In Verträgen und Absprachen werden diese Handelsübungen nicht mehr besonders erwähnt, weil sie auch ohne Erwähnung in Wirksamkeit treten. Sie müssen, ohne daß sie verabredet sind, beachtet werden. Aufgrund ihres Charakters als Handelsgebrauch sind sie — vorläufig noch etwas ungenau ausgedrückt — ein Teil der Verträge geworden, die Kaufleute abzuschließen pflegen. Eine Abweichung von dem, was sich in ihnen als Handelsübung niedergeschlagen hat, gilt als Vertragsverletzung.

Die zunehmende Spezialisierung des Handels drängt zu der gleichen Entwicklung. Der moderne Kaufmann engt den Kreis der

---

[9] Einschränkungen weiter unten im Abschnitt: Die Anwendbarkeit des Handelsgebrauchs.

[10] Vgl. Hellauer a. a. O., S. 261.

Waren, mit deren Handel er sich beschäftigt, immer mehr ein. Er will das ihm zur Verfügung stehende Kapital nicht auseinanderreißen, sondern konzentriert es auf einen bestimmten Handelszweig, um in diesem eine möglichst große Macht darzustellen und dadurch größere Verdienstmöglichkeiten zu haben. Er macht infolgedessen dauernd dieselben Geschäfte mit derselben Ware. Seine Kontrahenten betätigen sich vielfach auch nur in diesem Handelszweig. Auf beiden Seiten weiß man genau, wie sich der Handel mit dieser Ware abspielt. Das immer Wiederkehrende wird zur Uebung. Andere Kaufleute aus derselben Branche führen ihre Geschäfte auf die gleiche Art durch. Mit der Zeit wird es in der ganzen Branche üblich, bestimmte Vorgänge auf ganz bestimmte Art und Weise abzuwickeln. Es entstehen Handelsgebräuche.

Die dauernde Verbesserung des Verkehrswesens verlangt auch eine Beschränkung der für Abschluß und Durchführung von Geschäften notwendigen Zeit. Es erfolgt eine weitgehende Schematisierung, es bilden sich für die einzelnen Arten von Geschäften ganz bestimmte Arten des Abschlusses und der Abwicklung, die allmählich derart Allgemeingut aller beteiligten Kaufleute werden, daß sie den Charakter von Handelsgebräuchen annehmen.

Es ist zu erkennen, daß für das Bestehen eines Handelsgebrauchs zunächst eine dauernde Uebung erforderlich ist, und zwar muß diese Uebung von einer Mehrheit von Kaufleuten regelmäßig beachtet werden. Ein Handelsgebrauch darf also nicht von einem entgegengesetzten Gebrauch aufgehoben werden[11]. Bestehen solche entgegengesetzten Gebräuche, so ist das früher erwähnte Merkmal des Handelsgebrauchs, die allgemeine Uebung, nicht vorhanden. In solchen Fällen ist es Sache des Richters, unter Würdigung des Vorbringens beider Parteien zu entscheiden, ob der eine oder andere behauptete Gebrauch allgemein geübt wird oder ob es durch die Uebung verschiedener Gebräuche nicht möglich ist, einen von ihnen anzuerkennen.

Nicht notwendig ist, daß ein Handelsgebrauch von allen beteiligten Kaufleuten geübt wird. Es genügt, wenn er von einer starken Majorität beachtet wird[12]. Die Minorität muß sich dann von Gesetzes wegen seiner Wirksamkeit beugen. Gerade in diesem Zwang liegt seine Bedeutung. Der Kaufmann kann sich auf einen allgemein geübten Gebrauch stützen, ohne sich vergewissern zu müssen, ob der Kontrahent von dieser Uebung weiß. Dieser ist verpflichtet, wenn er über das Bestehen eines Gebrauchs nicht orientiert ist, die Folgen seiner geringen Geschäftskenntnisse zu tragen.

Während im allgemeinen der Handelsgebrauch als etwas organisch Gewachsenes betrachtet und dementsprechend auch in der

[11] Vgl. Sturm: Recht und Rechtsquelle, S. 156 ff.

[12] Geißler: Das Gewohnheitsrecht als Quelle des geltenden Handelsrechts, S. 17.

Literatur dargestellt wird, muß hier auf eine andere Art der Entstehung von Handelsgebräuchen hingewiesen werden. Heute, im Zeitalter der Zusammenschlüsse, der Bildung von Organisationen, die große wirtschaftliche Macht in sich vereinigen, wachsen nicht nur Handelsgebräuche, sie werden auch gemacht. Die Vertreter von Interessenverbänden setzen sich zusammen und bestimmen, was in Zukunft im Verkehr ihrer Mitglieder untereinander Handelsgebrauch sein soll. So können Handelsgebräuche aufgezwungen werden, ohne daß ihre Anwendung notwendig ist oder gewünscht wird, wenn sie einer mächtigen Gruppe zum Vorteil gereichen[13]. Hierauf soll noch näher eingegangen werden[14].

Wenn keine einseitigen Interessen damit verflochten werden, ist es für die Praxis gleichgültig, ob Handelsgebräuche irgendwo entstehen und sich mit der Zeit Anerkennung erwerben, oder ob sie an einem bestimmten Zeitpunkt fixiert werden, und alle Beteiligten sich damit einverstanden erklären, daß diese in Zukunft als Handelsgebrauch im Verkehr zwischen ihnen gelten. Der Hauptzweck, die Vereinfachung des Geschäftsverkehrs und eine gewisse Verkehrssicherheit, ist auch mit den gemachten Gebräuchen erreicht.

Die so entstandenen Handelsgebräuche sind nicht für immer feststehend. Sie können noch eine Entwicklung nach zwei Seiten durchmachen, sowohl hinsichtlich des Geltungsbereichs als auch hinsichtlich des materiellen Inhalts.

Der Geltungsbereich eines Handelsgebrauchs kann sich ohne äußeren Einfluß vergrößern. Die Kaufleute eines benachbarten Wirtschaftsgebietes sehen die günstigen Wirkungen eines Gebrauchs, legen ihn ihren Abschlüssen als Bedingung zu Grunde und verschaffen ihm auf diese Art mit der Zeit auch in ihrem Wirtschaftsgebiet den Charakter eines Handelsgebrauchs.

Dieser Vorgang zeigt zugleich, wie ein Handelsgebrauch den anderen verdrängen kann.

Weitaus häufiger ist es aber der Fall, daß Interessenvereinigungen, die in ihrem Interessengebiet geltenden Gebräuche sammeln, die für ihre Mitglieder günstigsten heraussuchen, diese als dauernde Vertragsbestandteile empfehlen und ihnen so allmählich Anerkennung als Handelsgebrauch verschaffen.

Eine weitere Möglichkeit für die Vergrößerung des Geltungsbereichs eines Handelsgebrauchs ist die, daß ein Interessenverband mit dem Interessenverband der Kontrahenten verhandelt. Beide einigen sich auf einen Teil der gesammelten Gebräuche und vereinbaren, daß diese von jetzt ab als Handelsgebrauch bei Abschlüssen zwischen ihren Mitgliedern zu gelten haben. Damit verschaffen sie

---

[13] Vgl. Schreiber: Handelsbräuche, S. 14.

[14] Vgl. Abschnitt: Die Kodifikation von Handelsbräuchen durch wirtschaftliche Verbände.

einigen Gebräuchen einen größeren Geltungsbereich, während andere untergehen.

Auch die Handelskammern üben einen großen Einfluß auf die Entwicklung bzw. auf den Geltungsbereich von Handelsgebräuchen aus. Sie fragen die Vertreter einer Branche zwecks Abgabe von Gutachten, was in ihrem Bezirk in dieser Branche Handelsgebrauch sei. Die Ansicht der Majorität der Gefragten bestimmt den Inhalt ihrer Gutachten. Mit der Zeit werden sich sämtliche in dem Handelskammerbezirk ansässigen Kaufleute dieser Branche an die Gebräuche halten, die die Kammer gutachtlich festgestellt hat, selbst wenn sie vorher andere hatten. Die damit erzielte Einheitlichkeit überwiegt bei weitem die Nachteile dieses Verfahrens.

Viel wichtiger als die Entwicklung in die Breite ist aber die Art, wie sich die Handelsgebräuche den dauernd neu auftretenden Erfordernissen der Wirtschaft anpassen. Täglich kommen neue Produkte auf den Markt, die neue oder Aenderung der bestehenden Handelsgebräuche veranlassen. Mit der für die Wirtschaft notwendigen Schnelligkeit vollzieht sich diese Neu- oder Umbildung. Es entstehen also trotz der Tendenz zur Vereinheitlichung und Vereinfachung immer neue Gebräuche, die sich der Erweiterung und Vereinfachung der Wirtschaft anpassen und beeinflußt sind von dem immer größer werdenden Anwendungsgebiet der einzelnen Handelsgegenstände. Sie dringen mehr in die Tiefe, d. h. sie erfassen individuelle Sonderheiten der einzelnen Handelsobjekte, die bisher immer Gegenstand besonderer Abmachung sein mußten und von keinem Handelsgebrauch berührt wurden.

Die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, daß an das Bestehen eines Handelsgebrauchs drei Erfordernisse zu knüpfen sind:

1. Es muß eine allgemeine Uebung des Gebrauchs festzustellen sein[15].
2. Die allgemeine Uebung muß schon längere Zeit bestehen, denn bis sich eine allgemeine Uebung den Charakter eines Handelsgebrauchs erworben hat, vergeht im allgemeinen eine Reihe von Jahren[16].
3. Die Uebung muß eine freiwillige sein. Es darf bei dem Ausübenden nicht das Gefühl vorhanden sein, daß er so handeln muß. In diesem Falle wäre der nicht weite Weg vom Handelsgebrauch zum Handelsgewohnheitsrecht schon getan.

Das vierte Erfordernis, das Goldschmidt[17] an das Bestehen eines Handelsgebrauchs knüpft: „Der Gebrauch muß redlich und ehrbar sein, d. h. weder der Sittlichkeit, insbesondere Treu und Glauben, noch dem gemeinen Wohl zuwiderlaufen", ist nur für

---

[15] Vgl. Goldschmidt a. a. O., § 35, S. 231 ff.

[16] So hat das Reichsgericht entschieden, daß wegen der Kürze der Inflationszeit in dieser kein Handelsgebrauch entstehen konnte. RG. 110, 48.

[17] Goldschmidt § 35, S. 231 ff.

den rechtlich wirksamen Handelsgebrauch anwendbar. Es gibt in der Praxis viele Handelsgebräuche, die Treu und Glauben verletzen, aber doch geübt werden. An ihrem Bestehen ist nicht zu zweifeln. Sie dürfen nur vom Richter nicht herangezogen werden[18], denn er muß in erster Linie Treu und Glauben und dann erst den Handelsgebrauch berücksichtigen. So hat sich das Reichsgericht auf den Standpunkt gestellt, daß eine Uebung, die eine Unsitte darstellt, niemals maßgebend sein kann[19].

Wir definieren unter Berücksichtigung dieser Tatsachen: Handelsgebräuche sind seit langer Zeit im Handelsverkehr allgemein anerkannte Uebungen, die nicht Rechtsnormen sind, sondern freiwillig befolgt werden. Sie ersetzen mangels gegenteiliger Vereinbarung vor allem Nebenabreden bei der Abwicklung von Geschäften, die nicht Vertragsbestandteile waren, und geben dem Vertragsinhalt bei Unklarheiten den Sinn, den er entsprechend den in Handelskreisen herrschenden Anschauungen bei klarer Formulierung bekommen hätte. In Zweifelsfällen sind ihnen Erfüllungsmodalitäten zu entnehmen, und schließlich entscheiden sie über die Wirkung von Handlungen oder Unterlassungen von Kaufleuten, sofern das Gesetz ihre Heranziehung gestattet.

§ 3. Das Verhältnis des Handelsgebrauchs zur Verkehrssitte.

Zwischen Handelsgebrauch und Verkehrssitte bestehen enge Beziehungen. Das zeigt sich schon deutlich bei einem Vergleich unserer Definition des Begriffs Handelsgebrauch mit Erklärungen des Begriffs Verkehrssitte.

Die Verkehrssitte ist die den Verkehr beherrschende tatsächliche Uebung[20] oder, wie Düringer-Hachenburg[21] sagen, „die durch fortgesetzte Uebung in Handel und Wandel, im Verkehr der Menschen untereinander zutage tretende Auffassung einer gegebenen Sachlage."

Beide, sowohl Handelsgebrauch als auch Verkehrssitte, bedürfen nach diesen Auslegungen der fortgesetzten Uebung durch eine wesentliche Majorität der Rechtssubjekte. Was der Handelsgebrauch für den Handeltreibenden, d. h. den Kaufmann, ist, ist die Verkehrssitte für alle Menschen, die in der bestehenden Rechtsordnung zusammengefaßt sind. Die Verkehrssitte ist also der weitergehende Begriff. Der Handelsgebrauch ist die Verkehrssitte der Kaufleute und damit eine Unterabteilung der allgemeinen Verkehrssitte[22].

---

[18] RG. in Seuff. Archiv, 74, 334.

[19] RG. in Recht 1910, Nr. 662.

[20] RG. 49, 162.

[21] a. a. O. Anm. 2 zu § 346.

[22] Danz a. a. O., S. 226. Düringer-Hachenburg a. a. O., S. 388. J. von Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 2. Aufl., Berlin 1926, S. 15.

„Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen", führt der § 346 HGB. aus.

Der Begriff „die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche" ist im HGB. nicht näher definiert. Deshalb müssen zu seiner Auslegung die Vorschriften des BGB. über den Oberbegriff „die Verkehrssitte" herangezogen werden[23].

§ 157 BGB bestimmt, daß „Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" und § 242 BGB, daß „der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

Der § 346 HGB. ist eine Anwendung dieser Paragraphen auf Handelssachen[24]. Er beschäftigt sich also:

1. mit der Auslegung und Ergänzung von Willenserklärungen,
2. mit der Erfüllung von Schuldverhältnissen.

Die ergänzenden Bestimmungen zu § 346 HGB. sind in den §§ 157 und 242 BGB. zu suchen. Weiter kommt noch der § 133 BGB. in Betracht, der immer bei Auslegung von Willenserklärungen zu berücksichtigen ist.

In den folgenden Ausführungen wird immer dann auf die Gesetzesnormen, die sich mit der Verkehrssitte beschäftigen, Bezug genommen, wenn keine besonderen Normen für die Handelsgebräuche bestehen. Das, was über die Verkehrssitte gesagt wird, hat also auch Geltung für den Handelsgebrauch.

Ueber die rechtsgeschäftliche Bedeutung der Verkehrssitte herrscht in der juristischen Wissenschaft Streit. In der Literatur sind drei Theorien[25] über die Wirkungsweise der Verkehrssitte entwickelt worden:

1. Die Unterwerfungs- oder Willenstheorie besagt, die Verkehrssitte gilt nur gegen den, der sie kennt und sich ihr ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen hat.
2. Die Erklärungstheorie faßt die Verkehrssitte, oder, genauer, das ihr Entsprechende, als Hilfsmittel zur Feststellung des Inhalts der Willenserklärungen auf.
3. Nach der Gesetzestheorie beruht die Wirksamkeit der Verkehrssitte überhaupt nicht auf dem Parteiverhalten, sondern auf der Vorschrift der Rechtsordnung.

Die Unterwerfungs- und Willenstheorie ist für unsere moderne Rechtsauffassung nicht tragbar. Ihre Anerkennung hätte große Unsicherheit im Handelsverkehr und damit eine Verringe-

[23] Staub Einleitung Anm. 16 und Einleitung zu § 346.
[24] Schreiber a. a. O., S. 59.
[25] Nach Oertmann a. a. O., S. 70 ff.

rung der Verkehrssicherheit im Gefolge, denn der Unterwerfungswille ist schwer kontrollierbar und kann je nach der Sachlage von den Interessenten bejaht oder verneint werden.

Ebenso abzulehnen ist die Gesetzestheorie, denn die Verkehrssitte kann in allen Fällen von den Kontrahenten ausgeschaltet werden. Der § 157 (ebenso wie § 242) schreibt der Verkehrssitte nicht unbedingte Maßgeblichkeit zu, sondern nur Hilfsdienste bei der Feststellung von Treu und Glauben.

Für die Erklärungstheorie, der wir uns anschließen, ist die Verkehrssitte eine Erkenntnisquelle für das, was erklärt worden ist, ein Hilfsmittel zur Feststellung des Erklärungsinhalts. Diese Theorie hat gegenüber der Gesetzestheorie den Vorteil, daß sie eine Anfechtung nach § 119 BGB. zuläßt, wenn der Erklärende über die inhaltliche Bedeutung seiner Erklärung im Irrtum war. Nicht der Irrtum über die Verkehrssitte, sondern ihre Bedeutung als Entstehungsgrund für den Irrtum über den Erklärungsinhalt ist Anfechtungsgrund. Diese oft bestrittene Behauptung[26] beweist sich aus dem Umstand, daß jeder anfechten kann, der sich über die Bedeutung des von ihm selbst oder vom Vertragspartner gesprochenen Wortes geirrt hat. Dazu gehört auch der Irrtum über die Verkehrssitte. Er muß natürlich auch den für die Anfechtbarkeit in § 119 BGB. festgesetzten Bedingungen entsprechen und der Gegner muß schadlos gehalten werden im Sinne von § 122 BGB.

Es muß hier festgestellt werden, daß Unwissenheit über eine Verkehrssitte nicht dem positiven Irrtum über sie gleichzustellen ist. Unwissenheit ist kein Grund zur Anfechtung, denn wenn man sich in diesem Falle vor den Auswirkungen der Verkehrssitte hätte schützen wollen, hätte man das entsprechend beim Vertragsabschluß berücksichtigen können. Lediglich wenn der Vertragsschließende sich eine Vorstellung von der Verkehrssitte gemacht hat, die ihr in der Wirklichkeit nicht gleicht, ist ein positiver Irrtum vorhanden und Grund zur Anfechtung gegeben.

Da wir Verkehrssitten mit engerem und weiterem Geltungskreis haben, so muß die Frage geklärt werden, welche dieser Verkehrssitten nun bevorrechtigt anzuwenden ist. Die Literatur ist ziemlich einmütig der Ansicht, daß die engere Verkehrssitte der weiteren vorzuziehen ist, wenn sie für alle Parteien gleichmäßig anwendbar ist. Ist das nicht der Fall, so muß auf die Verkehrssitte des die Parteien verbindenden weiteren Lebenskreises zurückgegriffen werden[27].

---

[26] Vgl. Oertmann a. a. O., S. 69 ff.

[27] Oertmann a. a. O., S. 386 ff.

§ 4. Arten von Handelsgebräuchen.

Die mannigfachen Bedürfnisse der Wirtschaft ließen viele Arten von Handelsgebräuchen entstehen. In ihnen spiegelt sich die Verästelung der modernen Wirtschaft wieder. Geographische und örtliche Verhältnisse haben das Ihre dazu getan, daß die Handelsgebräuche in mancherlei Gestalt erschienen. Die verschiedenartige Funktion, die ihnen das Gesetz zuweist, bedingt eine gesonderte Behandlung.

Man kann unterscheiden:

A. Nach der örtlichen Verschiedenheit.

1. Platzgebräuche, d. s. Handelsgebräuche, die nur an einem Ort geübt werden. Sie gruppieren sich in
   a) allgemeine örtliche Gebräuche. Diese haben am Ort für alle Branchen Gültigkeit. Es ist z. B. vielfach üblich, daß Rechnungen für während des Frühjahrs und Sommers gekaufte Waren von den Lieferanten nach der Ernte kassiert werden;
   b) örtliche Gebräuche für typische Handelswaren. Wenn ein Platz auf eine bestimmte Handelsware eingestellt ist, so entstehen oft Ortsgebräuche für den Handel mit dieser Ware, deren Beachtung allgemein ist. Es sei hier auf die Danziger, Königsberger, Breslauer und Bremer Holzhandelsgebräuche hingewiesen;
   c) örtliche Gebräuche für besondere Gelegenheiten, wie Messegebräuche, Börsengebräuche usw. Die Börsenbedingungen enthalten oft Handelsgebräuche, die auch beachtet werden müßten, wenn sie nicht in die Börsenordnung aufgenommen wären. Sie beziehen sich an Produktenbörsen vor allem auf Qualität, Verpackung und Liefertermine[28].

      Messekäufe müssen vielfach, auch ohne vorherige Festsetzung eines Zahltermins, lt. Handelsgebrauch, an einem bestimmten Tage reguliert werden. In Gegenden, in denen hauptsächlich Landwirtschaft betrieben wird, ist es z. B. üblich, Zahlungen an Michaeli oder sonstigen für die Landwirtschaft geeigneten Tagen zu leisten.

2. Gebietsgebräuche, d. s. solche, die in größeren Gebieten Geltung haben. Man kann sie einteilen in:
   a) Allgemeine Gebräuche zusammenhängender Wirtschaftsgebiete. Im Saargebiet ist es allgemein üblich, Zahlungen in deutschen Reichsmark zum offiziellen Kurs anzunehmen, obwohl man dazu nicht verpflichtet ist, denn die Landeswährung ist der französische Franken.

[28] Vgl. weiter unten den Abschnitt: Handelsgebräuche werden Vertragsbestandteile.

b) Gebräuche für typische Handelswaren in zusammenhängenden Wirtschaftsgebieten, wie die Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr und die Gebräuche im bayerischen Holzhandelsverkehr.

c) Landesgebräuche für einzelne Branchen. Im deutschen Holzhandel gibt es mehrere Handelsgebräuche, die allgemein geübt werden. So wird z. B. der Begriff „Trokkenes Holz" einheitlich in ganz Deutschland ausgelegt[29].

d) Internationale Gebräuche. Die Klauseln „cif" und „fob" haben gemäß Handelsübung eine bestimmte, international gepflegte Auslegung.

B. Nach der sachlichen Verschiedenheit.

1. Qualitätsgebräuche, d. s. Gebräuche, die sich mit der Qualität der Ware und den damit zusammenhängenden Fragen befassen.

a) Handelsgebräuche, die die zu liefernde Qualität bestimmen, wenn keine Qualitätsvereinbarung getroffen ist. Im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr sind z. B. für Rundholzgeschäfte nach Handelsgebrauch die Qualitätsvorschriften der staatlichen Forstverwaltung maßgebend, in deren Bezirk das Holz liegt, wenn über die Qualität keine Vereinbarungen zwischen den Kontrahenten bestehen[30].

b) Handelsgebräuche, die bestehende Qualitätsvereinbarungen auslegen. So sind nach Handelsgebrauch in Südwestdeutschland „hobelfähige Bretter" parallel besäumt und frei von grobem Ausschuß zu liefern[31].

c) Handelsgebräuche, die eine Abweichung von der getroffenen Qualitätsvereinbarung gestatten. Bauholz darf trotz der ausdrücklichen Vereinbarung „scharfkantig" bis zu 10% der größeren Querschnittseite schräg gemessene Waldkante an jeder Kante haben[32].

2. Quantitätsgebräuche, d. s. Gebräuche, die sich mit Mengen und Maßen beschäftigen.

a) Handelsgebräuche, die die Mengenvereinbarungen auslegen. Im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr versteht man unter Wagenladung einen Eisenbahnwagen mit 15 bis 17 500 Kilogramm nach des Verkäufers Wahl[33].

---

[29] Vgl. Abschnitt: Die wirtschaftliche Bedeutung der Handelsgebräuche. Dort sind noch mehrere derartige Handelsgebräuche erwähnt.

[30] § 18 der Gebr. i. swd. Hhv. Auf die wirtschaftlichen Zusammenhänge bei den hier angeführten Gebräuchen wird im II. Teil der Arbeit eingegangen.

[31] § 44 III der Gebr. i. swd. Hhv.

[32] § 38 ebenda.

[33] § 5 I. ebenda.

b) Handelsgebräuche, die Abweichungen von der vereinbarten Menge gestatten. 5 Waggons Holz sind z. B. 75 000 kg. Wenn diese 75 000 kg auf 4 Wagen verladen werden, so ist ein Vertrag erfüllt, der auf 5 Waggons lautet[34].

c) Handelsgebräuche, die die Maßeinheit regeln. Nutzholz wird nach Festmetern gemessen, d. h. der kubische Inhalt wird ermittelt[35], während Brennholz in gleichlange Stücke geschnitten, geschichtet und nach Raummetern vermessen wird.

d) Handelsgebräuche, die das Maßverfahren regeln. Längemessung erfolgt z. B. von 10 zu 10 cm und Stärkenmessung von cm zu cm und zwar ohne Rinde[36].

3. Lieferungsgebräuche, d. s. Gebräuche, die sich mit der Art der Lieferung befassen.

a) Handelsgebräuche, die den Erfüllungsort festsetzen. Im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr ist der Lagerort der Ware Erfüllungsort der Lieferung[37].

b) Handelsgebräuche, die die Art der Lieferung regeln. Holz wird grundsätzlich in offenen Wagen versandt. Wünscht der Käufer die Verwendung geschlossener Wagen, so hat er das dem Verkäufer mitzuteilen und die Mehrkosten zu tragen[38].

c) Handelsgebräuche, die die Lieferzeit betreffen. Bei Abschlüssen auf Abruf ohne Terminbestimmung ist auf Wunsch des Verkäufers die Ware spätestens 6 Monate nach Abschluß abzunehmen[39].

d) Handelsgebräuche, die sich mit der Uebernahme befassen. Durch Anschlagen mit dem Hammer des Käufers ist die Ware hinsichtlich Beschaffenheit, Menge und Abmessung übernommen[40].

e) Handelsgebräuche, die das Verfahren bei der Mängelrüge regeln. Mängelrüge hat im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr innerhalb 8 Tagen nach Empfang der Ware zu erfolgen[41].

Verstreicht dieser Termin ohne Reklamation, so gilt die Ware als übernommen.

---

[34] § 5 II. der Gebr. i. swd. Hhv.
[35] § 20/4 ebenda.
[36] § 20, 2 und 3 ebenda.
[37] § 1 ebenda.
[38] § 6 ebenda.
[39] § 11 ebenda.
[40] § 15 ebenda.
[41] § 10 II ebenda.

f) Handelsgebräuche, die sich mit der Verfügungsstellung befassen. Holz kann nur am Abgangsort oder am Wohnsitz des Käufers oder an Orten, bis zu denen der Verkäufer die Fracht zu tragen hat, oder an Orten, die mit dem Verkäufer als Bestimmungsstation vereinbart sind, zur Verfügung gestellt werden[42].

4. Zahlungsgebräuche, d. s. Handelsgebräuche, die das Zahlungsverfahren betreffen.
   a) Handelsgebräuche, die besagen, wie der Kaufpreis zu zahlen ist. Als Barzahlung gilt z. B. Zahlung innerhalb 14 Tagen nach Abgang der Ware[43].
   b) Handelsgebräuche, die die Zahlung von Nebengebühren betreffen. Derjenige, der die Fracht zu tragen hat, hat auch die bei dem Transport entstehenden Nebengebühren, wie Verwiegen usw., zu bezahlen[44].
5. Handelsgebräuche, die vertragslösend wirken. Erfolgt bei einem Abschluß auf Abruf trotz Verlangen des Verkäufers die Abnahme nicht innerhalb 6 Monaten, so gilt der Vertrag als gelöst[45].

C. Nach der rechtsgeschäftlichen Bedeutung.

1. Handelsgebräuche, die Willenserklärungen auslegen.
2. Handelsgebräuche, die Willenserklärungen ergänzen.
3. Handelsgebräuche, die Erfüllungsmodalitäten enthalten.
4. Handelsgebräuche, die über die rechtsgeschäftliche Bedeutung des Verhaltens von Kaufleuten entscheiden.
5. Handelsgebräuche, die durch ihre Aufnahme in allgemeine Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteile werden.
   a) Handelsgebräuche, die grundsätzlich Vertragsinhalt werden.
   b) Handelsgebräuche, die in besonderen Fällen Vertragsbestandteile werden.

Diese Einteilung der Handelsgebräuche wird für unsere späteren Erörterungen über die rechtsgeschäftliche Bedeutung der Handelsgebräuche die Richtschnur bilden. Zunächst sollen aber noch andere Probleme behandelt werden.

---

[42] § 10 I der Gebr. i. swd. Hhv.
[43] § 2 I ebenda.
[44] § 8 ebenda.
[45] § 11 ebenda.

ZWEITES KAPITEL

Die Stellung des Handelsgebrauchs innerhalb der Rechtsnormen.

§ 5. Handelsgebrauch und Gesetz.

Die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, daß der Handelsgebrauch seine rechtliche Wirksamkeit aus den Gesetzesnormen herleitet. Er ist also nicht gesetztes Recht, sondern kraft gesetzlichen Hinweises zu beachten.

Zur Klarlegung dieses Verhältnisses ist es zunächst notwendig, die Unterteilung unserer Gesetzesvorschriften in zwingende und nachgiebige bzw. dispositive Normen zu beachten. Diese in der Rechtswissenschaft allgemein anerkannte Einteilung[1] besagt, daß wir zwei Arten von Rechtsnormen haben. Die zwingenden Normen haben auf jeden Fall Gültigkeit. Sie sind stärker als Privatwille und Privatvereinbarung und vor allen Dingen dort zu finden, wo nicht zwingende Normen gegen die Interessen der Allgemeinheit verstoßen könnten. In diesem Zusammenhang ist es nicht notwendig, die geringen Ausnahmen von dieser Feststellung — wie z. B. die Bestimmungen des § 226 BGB. — zu behandeln.

Im Gegensatz zu den zwingenden können die dispositiven Normen durch Privatvereinbarung ausgeschaltet werden. Parteiwille ist immer stärker als dispositive Gesetzesbestimmung. Letztere tritt in Kraft, wenn die Kontrahenten versäumt haben, eine notwendige Regelung zu treffen. Oft ist dieser Tatbestand im Gesetz durch die Ausdrücke „im Zweifel" u. a. gekennzeichnet. In anderen Fällen ist er aus dem Inhalt ersichtlich.

Zwingende Gesetzesbestimmungen können nicht durch Privatvereinbarungen ausgeschaltet werden. Der Handelsgebrauch tritt zwar kraft gesetzlichen Hinweises bei bestimmten eng umgrenzten Gelegenheiten in Wirksamkeit, er kann aber durch Parteivereinbarung ausgeschaltet werden. Eine weitere Schranke für seine Wirksamkeit bilden die zwingenden Gesetzesnormen. Diese Begrenzung durch den Eingriff des zwingenden Rechts und der Parteivereinbarung zeigt, daß dem Handelsgebrauch nicht dieselbe Funktion zukommt wie dem zwingenden Recht, daß er also etwas anderes ist als zwingendes Recht.

Ueber die Beziehungen zwischen dispositiven Rechtssätzen und Handelsgebräuchen sind in der juristischen Literatur im Grunde drei Meinungen festzustellen. Einmal will man ihm überall dort

---

[1] Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Marburg 1924, S. 101; Staub a. a. O., S. 388, Bd. 4.

eine schwächere Stellung als den dispositiven Rechtssätzen zuweisen, wo nicht ausdrücklich im Gesetz auf den Handelsgebrauch Bezug genommen wird[2]. Die Vertreter dieser Ansicht weisen darauf hin, daß im Gesetz nicht allgemein angeordnet ist, daß der Richter auf Grund eines Handelsgebrauchs das gesetzte Recht übergehen darf. Ausnahmen seien in verschiedenen Rechtsnormen deutlich gekennzeichnet, darüber hinaus hätte der Handelsgebrauch keine Wirksamkeit. Wenn der Gesetzgeber eine größere Wirksamkeit für ihn gewünscht hätte, hätte er das deutlich zum Ausdruck gebracht. Die dispositiven Rechtssätze seien letzten Endes nicht notwendig gewesen, wenn man sich in so großem Maße auf die Verkehrssitte und die Handelsgebräuche hätte stützen wollen[3]. Begründet wird diese Ansicht noch weiter mit rechtspolitischen Momenten. Man befürchtet eine gewisse Rechtsunsicherheit durch weitergehende Beachtung der Handelsgebräuche[4]. Schneider spricht sogar von verschiedenen Rechten der verschiedenen Wohnsitze und sieht einen ähnlichen Rechtswirrwarr voraus, wie er zu Zeiten geherrscht hat, in denen man mühsam Gewohnheitsrechten nachspüren mußte, um die Grundlagen zur Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten zu finden[5].

Die Entwicklung der letzten Jahre hat gezeigt, daß kein Rechtswirrwarr entstanden ist, trotzdem die Rechtsprechung meist von dem Standpunkt ausgeht, daß dispositive Rechtsnormen den Handelsgebräuchen zu weichen haben[6]. Der Kaufmann hat sich schnell über die verschiedenen Handelsgebräuche orientiert, und er ist nicht unzufrieden mit der Auffassung derMehrzahl unserer Richter über die Stellung der Handelssitte zum abänderlichen Recht, und es ist sicher eine Uebertreibung, wenn Schreiber[7] glaubt, jener Handelsrichter bekäme mit der Zeit recht, der meinte, daß das Handelsgesetzbuch zwar eine ganz schöne Einrichtung sei, daß aber in Praxis nach anderen Rechtsgrundsätzen geurteilt würde. Die weitere Begründung, daß das Gesetz nur in einigen Fällen auf die Handelsgebräuche verweist, und daß in allen anderen Fällen nach dem Willen des Gesetzgebers ihre Beachtung nicht notwendig ist, wird widerlegt durch unsere Ansicht über die Art, wie sie in Funktion treten. Für uns sind sie eine Erkenntnisquelle für den Erklärungsinhalt. Sie geben uns Aufklärung darüber, was die Parteien mit ihren Willenserklärungen gewollt haben. Sie treten also nicht in Konkurrenz mit den abänderlichen Rechtssätzen, sondern sie sind Inhalt der Willenserklärungen, also Parteivereinbarung.

---

[2] Vgl. Schneider a. a. O., S. 390.
[3] Schneider a. a. O., S. 389 ff.
[4] Schreiber, S. 59, a. a. O.
[5] Schneider, S. 385 ff.
[6] Vgl. Schreiber, a. a. O., S. 58.
[7] Vgl. Schreiber a. a. O., S. 49.

Daß diese stärker ist als die dispositiven Gesetzesnormen, bestimmt ja der Gesetzgeber selbst.

Schreiber[8] als Anhänger einer zweiten Ansicht, geht von derselben Argumentation aus. Er kommt ebenfalls zu dem Schluß, daß grundsätzlich der Handelsgebrauch dem dispositiven Recht zu weichen habe. Er hat jedoch Bedenken wegen der Wirkung der praktischen Durchführung seiner Erkenntnisse. Er sieht die Abwanderung der Rechtsstreitigkeiten von den ordentlichen Gerichten an Schiedsgerichte und damit die Entstehung partikulärer kaufmännischer Rechtsnormen voraus. Das hätte zur Folge, daß die von ihm durch die augenblickliche Stellung des Handelsgebrauchs in der Rechtsprechung befürchtete Rechtsunsicherheit erst recht einträte. Deshalb operiert er mit dem Gerechtigkeitsgedanken des Gesetzes und kommt zu dem Ergebnis, daß infolge dieses Gerechtigkeitsideals zuweilen ein Handelsgebrauch stärker sein kann als ein dispositiver Rechtssatz. Das sei immer dann der Fall, wenn es zum Interessenausgleich notwendig sei. Damit will er dem Richter in jedem einzelnen Rechtsstreit die Macht geben, zu entscheiden, ob ein Handelsgebrauch oder ein abänderlicher Rechtssatz zur Urteilsfindung zu benutzen ist.

Durch unsere Ausführungen zu der zuerst dargelegten Auffassung zum abänderlichen Recht ist die Ansicht Schreibers widerlegt. Es ist hier nur noch notwendig, die Gefahren zu erwägen, die der von ihm vorgeschlagene Ausweg in sich birgt. Da er infolge der Gefahr für die Verkehrssicherheit die Verwirklichung seines Zieles, dem abänderlichen Recht einen Vorrang vor den Handelsgebräuchen zu geben, nicht erreichen kann, sucht er mittels der angeführten Konstruktion zu einer Einengung der Wirksamkeit der Handelsgebräuche zu kommen. Er verkennt dabei, daß die Rechtssicherheit durch seine Lösung noch viel mehr gefährdet wird, denn Richter sind Menschen und bilden sich über bestimmte Fälle bestimmte Ansichten. Diese Ansichten können nicht immer die gleichen sein, denn die Denkungsart verschiedener Menschen ist meist nicht dieselbe. Es könnte dann der Fall eintreten, daß dieselbe Tatsache von verschiedenen Richtern verschieden beurteilt würde, denn was Gerechtigkeit ist und zum Interessenausgleich notwendig ist, könnte verschieden aufgefaßt werden. Der Kaufmann könnte sich deshalb weder auf die Handelsgebräuche, noch auf die dispositiven Rechtsnormen verlassen, denn er weiß nie im voraus, was der Richter zur Urteilsfindung benutzt. Die Folge wäre, daß im Handelsverkehr umfangreiche Verträge verfaßt werden müßten, die ein Hemmschuh für eine schnelle Geschäftsabwicklung wären. Zu einer außergerichtlichen Einigung über Streitfragen, die in den Verträgen nicht berücksichtigt werden konnten, weil sie nicht vorauszusehen waren, könnte es selten kommen,

[8] Schreiber a. a. O., S. 48 ff.

denn es bestünde kein Maßstab dafür, wie der Rechtsstreit vor Gericht normalerweise ausgehen würde, da ja das subjektive Empfinden des Richters eine wesentliche Rolle spielen würde. Es würde auch keine Verkehrssicherheit erreicht, wenn sich dieses System eingespielt hätte und dadurch eine Reihe von Erfahrungssätzen als Grundlage für zu fällende Urteile vorhanden wäre, denn der Abauf der Wirtschaft spielt sich in immer neuen Variationen ab, die immer wieder Anlaß zu neuen Urteilen geben. Viel besser wäre es gewesen, Schreiber und seine Anhänger wären ihren Weg konsequent weitergegangen und hätten ihre ursprüngliche Ansicht verfochten, Handelsgebräuche haben grundsätzlich den dispositiven Gesetzesnormen zu weichen, wenn es das Gesetz nicht anders vorschreibt. Ihre vermeintliche Rücksicht auf die Verkehrssicherheit hat sie auf einen Weg geführt, der diese noch mehr beeinträchtigen würde.

Wir schließen uns jener dritten Auffassung an, die besagt, daß der Handelsgebrauch in allen Fällen den Vorrang vor dem abänderlichen Recht hat. Wie schon erwähnt, erklärt sich unsere Auffassung aus der Ablehnung der Willens- und Gesetzestheorie und der Zustimmung zur Erklärungstheorie. Für uns dient der Handelsgebrauch lediglich zur Erläuterung, Ergänzung und Verständlichmachung der Parteierklärung. Er übt seine Funktion aufgrund der Stellung aus, die das Gesetz ihm und der Parteierklärung gibt, und zwar ehe die Anwendung eines abänderlichen Rechtssatzes in Frage kommt, denn „die Auslegung einer Willenserklärung ist die Bestimmung ihres Inhaltes“[9]. Der Richter muß, ehe er die gesetzlichen Normen anwendet, das zu beurteilende Rechtsgeschäft gemäß der §§ 133, 157 und 242 BGB. in Verbindung mit § 346 HGB. auslegen. Denn diese Auslegung ergibt ja erst die Feststellung, ob überhaupt ein gültiges Rechtsgeschäft vorliegt. Erst wenn es feststeht, daß ein solches zustande gekommen ist, können die dispositiven Rechtssätze in Wirksamkeit treten. Durch diese zeitlich früher liegende Funktion der Handelsgebräuche, die in Verbindung mit den genannten Paragraphen angezogen werden müssen, wird erst festgestellt, wieweit die Willenserklärungen gehen und welche Rechtsnormen anzuwenden sind. Wenn die Auslegung dieser Willenserklärungen mit Hilfe der Handelsgebräuche noch Platz gelassen hat, dann erst treten die dispositiven Normen in Tätigkeit[10].

Für die auslegenden gesetzlichen Normen gilt dasselbe wie für die dispositiven[11], denn, wie allgemein anerkannt wird, enthalten

---

[9] Hölder in Recht 1901, S. 217.

[10] Danz a. a. O., S. 141 ff. J. v. Gierke i/Stier-Somlo-Elster, 3. Bd., S. 107 ff Düringer-Hachenburg, mit Einschränkung, Anm. 2 zu § 346

[11] § 186 ff. BGB.

sie nachgiebiges Recht[12] und sind deshalb den Grundsätzen, die für letzteres gelten, unterworfen.

Nachdem jetzt das Verhältnis der Handelsgebräuche zum gesetzlichen Recht klargestellt ist, bringt der folgende Abschnitt eine Untersuchung über ihre Stellung zu der anderen Erscheinungsart des geltenden Rechts, zum Gewohnheitsrecht.

§ 6. Handelsgebrauch und Gewohnheitsrecht.

In der älteren Literatur wird unter Handelsgebrauch bzw. Usance vielfach etwas anderes gemeint, als man heute allgemein darunter versteht. Sie bezeichnet oft das Handelsgewohnheitsrecht mit Handelsgebrauch, wie auch in Art. 1 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches unter dem Ausdruck Handelsgebrauch Handelsgewohnheitsrecht gemeint ist. Im neuen Handelsgesetzbuch wird unter dieser Bezeichnung nur der faktische Gebrauch, nicht Handelsgewohnheitsrecht, verstanden.

Der Unterschied ist ein sehr bedeutender; Handelsgewohnheitsrecht ist Rechtsquelle, der Gebrauch indessen nicht, jenes ist selbständig rechtlicher Natur, während der Gebrauch tatsächlich rechtlicher Natur ist. Dem Gewohnheitsrecht wohnt Gesetzeskraft inne; der Gebrauch übt, wie schon dargelegt, gewisse Funktionen aus.

Trotzdem ist der Unterschied zwischen beiden oft recht schwer zu erkennen. Das Gewohnheitsrecht leitet seine Rechtsnatur aus der tatsächlichen lang anhaltenden allgemeinen Uebung und der opinio necessitatis von denjenigen, die es ausüben, her. Diese müssen der Ansicht sein, daß eine rechtliche Verpflichtung zu der Uebung vorhanden ist. In diesem Falle besteht Gewohnheitsrecht. Es macht oft Schwierigkeiten zu erkennen, ob dieses Notwendigkeitsgefühl vorliegt, oder ob nur ein Zweckmäßigkeitsgefühl vorhanden ist. Im letzteren Falle wird nur ein Handelsgebrauch geübt. Laband[13] hat Recht, wenn er sagt, daß sich der Handelsgebrauch in seiner tatsächlichen Bedeutung und seiner äußeren Erscheinung so sehr dem Gewohnheitsrecht nähert, daß dadurch die Erkenntnis seiner Natur erschwert und eine Verwechslung mit Gewohnheitsrecht sehr leicht möglich ist.

Weil die „opinio necessitatis" schwer nachweisbar ist, wird ihre rechtliche Notwendigkeit oft bestritten[14]. Trotzdem erscheint ihre Berücksichtigung als Wesensmerkmal des Gewohnheitsrechts notwendig. Abzulehnen ist die Ansicht von Danz[15], daß der Handelsgebrauch zum Gewohnheitsrecht wird, wenn der Richter ihn verwendet. Die Stellung, die ihm das BGB. zuweist, recht-

---

[12] Eneccerus a. a. O., § 193, Cosack § 94 a. a. O., Schreiber a. a. O. S.66.

[13] Laband a. a. O., S. 467.

[14] Vgl. Danz a. a. O., S. 128.

[15] Danz a. a. O., S. 117.

fertigt diese Ansicht nicht. Eher kann der Meinung Oertmanns[16] beigepflichtet werden, daß „durch die Massenerscheinung einer ständigen Praxis" Verkehrssitte zum Gewohnheitsrecht wird. Damit ist gesagt, daß durch die ständige Benutzung einer Verkehrssitte durch viele Richter diese allmählich den Charakter von Gewohnheitsrecht erlangt.

§ 7. Handelsgebrauch und Rechtsentwicklung.

In zweifacher Hinsicht helfen die Handelsgebräuche der Rechtsentwicklung über Schwierigkeiten hinweg.

Wie schon in der Einleitung betont, sind sie das Mittel, womit sich die starren Rechtssätze den Bedürfnissen der Wirtschaft anpassen können. Eine Rechtsprechung nach dem Buchstaben des Gesetzes wäre ein Hemmschuh für unsere hochentwickelte Wirtschaft. Das Handelsgesetzbuch (wie auch das Bürgerliche Gesetzbuch), das um die Jahrhundertwende entstanden und den Bedürfnissen dieser Zeit angepaßt ist, kann gar nicht die Normen enthalten, die notwendig sind, um den Erfordernissen der heutigen Wirtschaft gerecht zu werden. Hier hat der Gesetzgeber die Handelsgebräuche und damit auch die Verkehrssitte eingeschaltet. Sie geben den Gesetzesbestimmungen den Sinn, den sie der Zeit entsprechend haben müssen. Mit ihrer Hilfe kann jeder technische und wirtschaftliche Fortschritt sinngemäß bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden. Sie ersparen den Erlaß neuer Gesetze, der ohne ihre Einschaltung in die Gesetzesbestimmungen notwendig wäre, wenn ein kultureller Fortschritt erzielt wird.

Selbst die Auslegung zwingender Rechtssätze paßt sich zuweilen durch den Einfluß der Verkehrssitte und damit auch des Handelsgebrauchs der fortschreitenden Kultur an. Was ist im Sinne des § 94 Abs. 1 BGB. unter „wesentlichen Bestandteilen" zu verstehen? Die Verkehrsanschauung hat sich eine feststehende Meinung darüber gebildet, der sich die Rechtsprechung angeschlossen hat. Wenn sich nun ein Verfahren herausbildet, womit nach gegenwärtiger Ansicht wesentliche Bestandteile leicht abgetrennt werden können, ändert sich automatisch die Verkehrsanschauung und damit die Verkehrs- und Handelssitte[17]. Der Rechtsprechung bleibt nichts anderes übrig, als unter dem Einfluß der Verkehrssitte die Auslegung der zwingenden Bestimmung des § 94 Abs. 1 BGB. fortzubilden.

Was z. B. § 97 BGB. unter Zubehör versteht, kann nur mit Hilfe von Verkehrssitte und Handelsgebrauch ausgelegt werden. Ihrer Entwicklung muß sich auch die Rechtsprechung anpassen.

[16] Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 346 ff.

[17] Es sei hier daran erinnert, daß durch Zementsockel mit einem Gebäude untrennbar verbundene Maschinen in vielleicht kurzer Zeit leicht gelöst werden können und dann nicht mehr wesentliche Bestandteile zu sein brauchen.

Ohne Zweifel sind die Geschäfte, die als Handelsgeschäfte im Sinne des Handelsgesetzbuches gelten, in § 434 HGB in Verbindung mit § 1 Abs. 2 HGB. zwingend geregelt. Welche Vorschriften gelten nun für Personenbeförderung und Frachtverkehr durch die Luft? Sie sind nicht in den genannten Paragraphen erwähnt. Trotzdem wird der Handelsgebrauch ihre Einbeziehung in die Vorschriften des Handelsgesetzbuches veranlassen.

Wenn sich schon zwingende Rechtsnormen unter der Wirkung der Handelsgebräuche einer Modifikation unterwerfen müssen, kann es nicht wundernehmen, daß sie in noch größerem Maße Einfluß auf abänderliches Recht nehmen. Der Gesetzgeber hat in kluger Voraussicht, wie schon in der Einleitung zu dieser Arbeit ausgeführt ist, eine Menge Bestimmungen in der Weise getroffen, daß sie durch die zur Zeit der Urteilsfällung den Handelsverkehr beherrschenden Handelssitten ergänzt werden müssen. Hier zeigt sich in erster Linie der Einfluß der Handelsgebräuche auf die Rechtsentwicklung. Sie ergänzen die gesetzlichen Rechtsnormen zu Rechtssätzen, die den Bedürfnissen der Wirtschaft gewachsen sind und Sicherheit in den Wirtschaftsablauf bringen.

Zum zweiten zeigt sich die Bedeutung des Handelsgebrauchs für die Rechtsentwicklung in seinem Einfluß auf das Entstehen von Rechtsnormen. Zahlreiche Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuches sind aus Handelsgebräuchen entstanden[18], denn diese zeigten ja, welche Regelung für den Handelsverkehr notwendig war. Es ist deshalb verständlich, daß der Gesetzgeber sie als Unterlagen für seine Gesetzesnormen benutzt. Die Reform einzelner Normen, die etwa notwendig werden sollte, kann sich auf die Handelssitte stützen, die sich über die Materie dieser Normen gebildet hat. Abschließend sei festgestellt, daß die Bedürfnisse des Handelsverkehrs ursprünglich zwar keine Rechtsquelle darstellen, daß sie aber so stark sind, daß sich ein großer Teil auf dem Weg über den Gesetzgeber Einordnung in die Zahl der Rechtsnormen erkämpft hat[19].

Es darf hier nicht verkannt werden, daß Handelsgebräuche nur auf diesem Wege, d. h. auf dem Weg über den Gesetzgeber, zu Rechtsnormen werden können, wenn man von der Entwicklung zum Gewohnheitsrecht noch absieht, wie weiter unten noch besprochen wird. Entgegengetreten muß der Ansicht von Rühl werden, der glaubt, daß kodifizierte Handelsgebräuche durch Veröffentlichung durch Handelskammern und durch die allgemeine Bedeutung, die diese veröffentlichten Gebräuche erhalten, zu Rechtssätzen werden.

Rühl geht von einem weiteren Begriff des geltenden Rechtes aus. Für ihn ist mit Max Weber alles das geltendes Recht, „was

---

[18] Vgl. Oertmann a. a. O. S. 379.
[19] Vgl. Oertmann a. a. O. S. 379.

innerhalb einer Gemeinschaft faktisch um deswillen geschieht, weil die Chance besteht, daß am Gemeinhandeln beteiligte Menschen bestimmte Ordnungen als geltend subjektiv ansehen und praktisch behandeln"[20]. Wir schließen uns jener anderen Ansicht an, die als Rechtsquellen nur Gesetzes- und Gewohnheitsrecht und in zweiter Linie Rechtsprechung und Rechtswissenschaft anerkennt. Diese unsere verschiedene Meinung über die Rechtsquellen begründet sowohl die Ansicht Rühls über die Schaffung von Rechtsnormen durch die Wirtschaft als auch unseren ablehnenden Standpunkt. Zu Folge unserer Meinung über das, was geltendes Recht ist, kann also die Wirtschaft nicht selbständig Rechtssätze schaffen.

Darauf, daß Veröffentlichungen von Handelsgebräuchen zu Irrtümern über das Wesen der Handelsgebräuche führen können, wird noch hinzuweisen sein. Die Möglichkeit eines Irrtums über den Charakter der Kodifikationen läßt aber nicht den Schluß zu, daß Handelsgebräuche zu Rechtsnormen werden, denn Kodifikationen haben rechtlich keine anders geartete Funktion wie nichtniedergeschriebene Gebräuche.

Die Entwicklung von Handelsgebräuchen zu Gewohnheitsrechtssätzen ist der zweite Weg, auf dem sich der Uebergang zur Rechtsnorm vollzieht. Die „opinio necessitatis" einer Mehrzahl der den Handelsgebrauch Ausübenden, d. h. die Meinung, daß so und nicht anders gehandelt werden muß, oder die dauernde Verwendung des Gebrauchs durch eine große Zahl von Richtern[21] stempelt ihn zum Gewohnheitsrecht.

§ 8. Anwendbarkeit des Handelsgebrauchs.

§ 346 HGB. sagt deutlich, daß „im Verkehr mit Kaufleuten" auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Im Prinzip haben diese also nur Bedeutung für den Verkehr unter Kaufleuten, und zwar ist im Verkehr unter Kaufleuten grundsätzlich auf Handelsgebräuche Rücksicht zu nehmen, wenn solche vorhanden sind. Auf den Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten und den zwischen Nichtkaufleuten haben sie im allgemeinen keinen Einfluß, denn der Zusatz „unter Kaufleuten" in § 346 HGB. gibt deutlich den Willen des Gesetzgebers wieder, Handelsgebräuchen nur dann Bedeutung zuzuerkennen, wenn beide Parteien Kaufleute sind, obwohl § 345 HGB. alle die Geschäfte den Handelsgesetzen unterwirft, die für einen Teil Handelsgeschäfte sind. Damit ist mit Recht für Nichtkaufleute ein Schutz geschaffen gegen die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, denn der Nichtkaufmann kann über diese nicht so unterrichtet sein, daß er die Tragweite

[20] Zit. bei Rühl a. a. O., S. 9,10

[21] Vgl. weiter oben S. 20.

seiner Handlungen und Unterlassungen unter dem Einfluß der Handelsgebräuche ermessen kann.

Es gibt jedoch Ausnahmefälle, in denen der Handelsgebrauch auch zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten Verbindlichkeit erhält. Das gilt vor allem in den Fällen, in denen sich Nichtkaufleute vertraglich oder stillschweigend der Wirksamkeit von Handelsgebräuchen unterwerfen. Dabei kann die stillschweigende Unterwerfung nur von Fall zu Fall geprüft werden, denn Handlungen und Unterlassungen des Nichtkaufmanns müssen daraufhin geprüft werden, ob sie eine Unterwerfung bedeuten[22].

Zuweilen bekommen auch Handelsgebräuche kraft Verkehrssitte für den Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten Bedeutung. Es handelt sich dabei meist um Handelsgebräuche beschränkter Kreise, etwa bestimmter Branchen oder bestimmter Orte. Sie werden in der Branche oder am Orte so bekannt und so allgemein geübt, daß ihre Anwendung im Verkehr mit Nichtkaufleuten zur Verkehrssitte wird[23].

In besonderen Fällen greift der Handelsgebrauch auch kraft Gesetzes in den Verkehr zwischen Nichtkaufmann und Kaufmann ein, so im Falle des § 359 HGB. in Verbindung mit § 345 HGB. Ist z. B. als Datum der Leistung ein unbestimmter Zeitpunkt, wie Frühjahr, Herbst usw., festgelegt, so legt im Zweifel der Handelsgebrauch des Ortes diesen Begriff aus. Diese Bestimmung ist nicht wie § 346 HGB. auf den Verkehr unter Kaufleuten beschränkt, sondern sie ist gemäß § 345 HGB. auch für einseitige Handelsgeschäfte, also auch für den Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten, maßgebend[24].

Läßt sich der Nichtkaufmann auf Geschäfte des Großhandels ein, so ist, falls keine ausdrückliche Ausschließung erfolgt, eine Unterwerfung des Nichtkaufmanns unter die Handelsgebräuche nach Treu und Glauben anzunehmen, selbst wenn er diese nicht gekannt hat, denn es kann dem Kaufmann nicht zugemutet werden, zu untersuchen, ob für den Vertragspartner, der in kaufmännischer Form mit ihm kontrahiert und damit den Anschein erweckt hat, daß er Kaufmann ist, die Handelsgebräuche gelten. Er kann mit Recht annehmen, falls ihm nicht das Gegenteil mitgeteilt wird, daß er es mit einem Kaufmann zu tun hat, und daß die geltenden Handelsgebräuche beachtet werden müssen.

Zwischen Minderkaufleuten herrschen oft andere Gebräuche als zwischen Vollkaufleuten. Deshalb gelten im Verkehr zwischen Voll- und Minderkaufleuten nur die Gebräuche, die sich zwischen beiden Gruppen herausgebildet haben[25]. Im Zweifel muß der Be-

---

[22] RG. in JW. 1903, 9.

[23] Düringer-Hachenburg Anm. 12 zu § 346.

[24] J. v. Gierke i/Stier-Somlo-Elster, S. 108.

[25] RG. in JW. 1907, 674.

weis geführt werden, daß der behauptete Gebrauch auch im Verkehr mit Minderkaufleuten gilt. Der im allgemeinen mit den im Handelsverkehr üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen nicht so sehr als der Vollkaufmann vertraute Minderkaufmann genießt damit einen ähnlichen Schutz wie der Nichtkaufmann. Es gelten auch dieselben Ausnahmen für die Wirksamkeit der Handelsgebräuche wie für den Nichtkaufmann. Handelsgebräuche, die im Verkehr mit Minderkaufleuten im allgemeinen keine Geltung haben, können diese durch Unterwerfung, Verkehrssitte und Gesetz bekommen.

Für den außergeschäftlichen Verkehr unter Kaufleuten kommt nur die allgemeine Verkehrssitte in Betracht, denn § 346 HGB. betrifft nur die im „Handelsverkehr" geltenden Gewohnheiten und Gebräuche.

Bei ausländischen Handelsgebräuchen muß der Unterwerfungswille irgendwie zum Ausdruck gebracht sein, denn die Kenntnis der ausländischen Handelsgebräuche ist bei dem inländischen Kaufmann nicht ohne weiteres vorauszusetzen. Es muß deshalb in jedem einzelnen Falle festgestellt werden, ob eine ausdrückliche, stillschweigende oder eine durch ein Tun oder Lassen festzustellende Unterwerfung unter den ausländischen Handelsgebrauch stattgefunden hat[26].

Es besteht die Möglichkeit, daß es zu Streitigkeiten kommt über den anzuwendenden Handelsgebrauch. In diesem Falle ist, wenn es sich um eine Willenserklärung handelt, der Gebrauch des Ortes maßgebend, in dem die Erklärung abgegeben ist[27], denn ein Kaufmann hat sich nach Treu und Glauben den Gebräuchen des Ortes anzupassen, an dem er eine rechtliche Handlung vornimmt. Mangels anderer Willensäußerung können andere Kaufleute solche Handlungen auch nur unter den am Orte der Ausübung üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen verstehen. Aus denselben Gründen ist für Erfüllungen der Gebrauch des Erfüllungsortes maßgebend[28].

§ 9. Der Handelsgebrauch im Prozeßverfahren.

Im Prozeßverfahren ist der Handelsgebrauch von der Partei zu beweisen, die sich auf ihn beruft. Der Richter darf sich nicht zu seinem Nachweis anderer Mittel bedienen, als von den Parteien vorgeschlagen ist. Auf Grund von § 293 ZPO. will Oertmann[29] dem Richter die Befugnis zusprechen, von Amts wegen nach dem Bestehen von Handelsgebräuchen forschen zu dürfen, obwohl dieser Paragraph nur für in anderen Staaten geltende Rechte Ge-

---

[26] ROHG. 12, 287.

[27] RG. 53, 62; 97, 218.

[28] ROHG. 7, 9.

[29] Rechtsordnung und Verkehrssitte a. a. O., S. 476 ff.

wohnheitsrechte und Statuten gilt. Da der Handelsgebrauch unter keinem von diesen Begriffen unterzubringen ist, ist er offensichtlich auch von dieser Bestimmung nicht erfaßt. Das beweist sich auch aus der Auffassung, die wir uns über den Handelsgebrauch gebildet haben. In der angezogenen Bestimmung wird nur auf Rechtssätze Bezug genommen, während wir festgestellt haben, daß der Handelsgebrauch kein Rechtssatz ist. Trotzdem kann im Interesse der Handlungsfreiheit des Richters[30] der Forderung Oertmanns zugestimmt werden, daß die Bestimmung des § 293 ZPO. ausgedehnt werden soll auf den Beweis von Handelsgebräuchen, denn sie sind neben ihrer allgemeinen Bedeutung auch Mittel zur Auffüllung der auf sie Bezug nehmenden Gesetze. Damit sind sie kraft Verweisung im Staatsgesetz Bestandteile des geltenden Rechtsinhaltes geworden. Sie sind dem Richter nicht ohne weiteres geläufig. Er muß deshalb durch Anwendung des § 293 ZPO. Gelegenheit haben, sich auf jede Art über sie zu unterrichten.

Es muß dargelegt werden, daß es sich um einen Gebrauch handelt, der sich auf den vorliegenden Fall bezieht[31]. Die Feststellung des Handelsgebrauchs kann auf verschiedene Art geschehen.

1. Das Gericht kennt den Handelsgebrauch und urteilt aus eigenem Wissen (§ 114 GVG).
2. Der Handelsgebrauch kann in älteren Urteilen festgestellt sein und auf Grund dieser Feststellung kann ein neues Urteil ergehen.
3. Das Gericht kann einen Sachverständigen bestimmen und sich über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Handelsgebrauches unterrichten lassen.
4. Die zuständige Handelskammer kann um Abgabe eines Gutachtens (Parere) angegangen werden.

Das letzte Verfahren ist neuerdings das am meisten benutzte. Die Handelskammern gewinnen ihre Gutachten auf verschiedene Weise.

Einzelne urteilen nur auf Grund eigener Sachkunde, d. h. wenn die Gesamtheit der Kammermitglieder oder ein großer Teil von ihnen aus eigener Erfahrung den behaupteten Handelsgebrauch kennen. Die Begutachtung anderer Gebräuche lehnen sie ab.

Andere verschaffen sich darüber hinaus auf andere Art Kenntnis, wenn sie den in Frage stehenden Gebrauch nicht durch eigene Mitglieder feststellen können. Sie stützen dann ihre Gutachten entweder auf Kodifikationen, die von ihnen vorgenommen worden

---

[30] Schon Goldschmidt verlangte, daß der Richter, der den Handelsgebrauch (Usance) nicht kennt, von Amts wegen auf jeden ihm geeignet erscheinenden Wege dessen Bestand und Umfang erforschen darf. Handelsrecht, Aufl. 2, § 35, Anm. 43.

[31] ROHG. 16, 215.

sind, oder auf solche, die andere Stellen, meistens wirtschaftliche Verbände, vorgenommen haben. Kommen sie auch auf diesem Wege nicht zum Ziel, so lassen sie sich von geeigneten Personen und Firmen ihres Bezirks Auskunft geben. Das Ergebnis dieser Auskünfte fassen sie dann in ihren Gutachten zusammen. Große Unterschiede werden häufig in Gutachten vermerkt oder vorher durch mündliche Verhandlungen geklärt. Die Namen der Gutachter werden nicht bekanntgegeben.

Gegen diese Art der Abfassung von Gutachten hat sich öfters Widerspruch erhoben, und es besteht in der Tat die Möglichkeit[32], daß Fehler in den Gutachten unterlaufen, wenn nicht sehr sorgfältig gearbeitet wird. Als Korrektur hat die gegnerische Partei immer noch die Möglichkeit, den Beweis für das Nichtvorhandensein des begutachteten Handelsgebrauchs zu führen.

Wieweit ein Gericht ein abgegebenes Gutachten würdigt, steht in seinem Ermessen. Es obliegt ihm vor allem, die augenblickliche Gültigkeit eines behaupteten Handelsgebrauchs zu prüfen. Schnelle Aenderung der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse bedingt eine verhältnismäßig schnelle Entwicklung von Handelsgebräuchen, denn sie sind von Natur aus elastisch und passen sich dem jeweiligen Bedürfnis der Wirtschaft an. Deshalb muß das Gericht nicht nur die allgemeine Uebung eines Handelsgebrauchs feststellen, sondern auch Erhebungen darüber anstellen, ob der behauptete Gebrauch nicht überholt und veraltet und deshalb auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. Erst dann ist Treu und Glauben Genüge geschehen und die Grundlagen gegeben für ein dem Rechtsgefühl der Beteiligten entsprechendes Urteil.

Da der Handelsgebrauch keine Rechtsnorm, sondern eine tatsächliche Uebung ist, ist sein Bestehen eine Tatfrage. Es liegt nicht in der Macht des Revisionsrichters, ein vom Tatrichter festgestelltes Bestehen eines Handelsgebrauchs nachzuprüfen. Er muß vielmehr die Auffassung des Vorgerichts über die Tatfrage seinem Urteil zu Grunde legen[33].

§ 10. Kritik des Verfahrens der Handelskammern bei der Feststellung von Gutachten.

Wie schon erwähnt, hat das z. Zt. übliche Verfahren bei der Feststellung von Handelsgebräuchen durch die Handelskammern nicht überall Zustimmung gefunden. Von verschiedenen Seiten sind Verbesserungsvorschläge gemacht worden, die im folgenden zusammengefaßt werden[34]:

---

[32] Vgl. Schreiber a. a. O. S. 69 ff.

[33] Vgl. RG. 110, 216.

[34] Vgl. Roßbach in Deutsche Juristenzeitung, Nr. 21, 11. Jahrgang (1906), S. 1185 ff.

1. Nach Möglichkeit sollen Sachverständige der entsprechenden Branche vor Gericht vernommen werden. Nur wenn das ausgeschlossen ist, sollen Gutachten von Handelskammern eingeholt werden.
2. Die Handelskammern sollen ihre Gutachten motivieren, ihre Gewährsmänner nennen und deren Angaben bekanntgeben.
3. Die Handelskammern sollen durch eines ihrer Mitglieder die Gutachten vor Gericht vertreten lassen. Wenn sie dazu kein geeignetes Mitglied besitzen, sollen sie dem Gericht einen geeigneten Sachverständigen zum Vorschlag bringen.

Vielfach werden ja heute noch zwecks Feststellung von Handelsgebräuchen Sachverständige vor Gericht vernommen, Wenn die Richter in der neuesten Zeit mehr Gutachten von Handelskammern einfordern und die persönliche Befragung von Sachverständigen vermeiden, so hat das seine Gründe.

Der Sachverständige wird die ihm vorgelegten Fragen so beantworten, wie er es aufgrund der in seinem Geschäft gemachten Erfahrungen für richtig hält. Auch bei sorgsamer Auswahl des Sachverständigen ist nicht immer Gewähr dafür vorhanden, daß dieser die Gepflogenheiten anderer Kaufleute so verwendet, wie es notwendig ist. Es besteht aus psychologischen Gründen die Möglichkeit einer unvollkommenen einseitigen Verwertung. Der Sachverständige wird oft nicht in der Lage sein, zu beurteilen, ob es sich bei dem von ihm behaupteten Gebrauch tatsächlich um einen solchen handelt, oder ob nur eine Uebung einiger Kaufleute vorliegt. Es liegt nahe, daß er das Vorhandensein eines Handelsgebrauches bejaht, trotzdem dieser dem Haupterfordernis, der allgemeinen Uebung, nicht genügt. Die Erfahrungen, die die Handelskammern bei der Befragung von Firmen gemacht haben, beweisen, daß in den allermeisten Fällen keine einheitliche Meinung über Handelsgebräuche herrscht. Es kommt vor, daß von 15 gleich vertrauenswürdigen Firmen 8 für das Bestehen, 7 gegen das Bestehen eines Handelsgebrauchs sprechen. Wer bürgt nun dafür, daß der befragte Sachverständige die richtige Auskunft gibt? Gehört er in diesem Falle zu den Bejahern oder zu den Verneinern? Seine Aussage erweckt den Anschein, als ob Einheitlichkeit in den Ansichten bestehe. Auch das Gericht, das ihn nach der Begründung seiner Ansicht fragt und sein Gutachten selbständig verwertet, kann durch seine Aussage irregeleitet werden. Diese Aussage wird in den meisten Fällen nicht absichtlich unrichtig oder ungenau sein, sondern sie hängt von der persönlichen Ueberzeugung des Sachverständigen ab, die subjektiv sein kann.

Es ist keine Sicherheit dafür vorhanden, daß ein Sachverständiger, der eine der streitenden Parteien kennt, von dieser nicht beeinflußt wird oder nicht persönliche Interessen wahrnimmt.

Aus allen diesen Gründen ist die Befragung der zuständigen Handelskammer doch vorzuziehen. Sie kann die verschiedenen

Meinungen zu einem Gutachten zusammenfassen unter Würdigung aller Meinungen, die für und gegen vorgebracht werden. Sie garantiert durch die Befragung einer großen Zahl von Sachverständigen vollständige Unparteilichkeit, zumal bei ihren Rundfragen die Namen der Beteiligten verschwiegen werden und dadurch das Verfahren unpersönlich ist. Selbst wenn das Gericht die Befragung von Sachverständigen vorzieht, wird es doch oft das Gutachten einer Handelskammer nicht entbehren können, denn wenn mehrere Sachverständige vernommen werden, gehen ihre Gutachten inhaltlich meist auseinander und die Handelskammer muß sich dann über sie äußern, wenn es das Gericht nicht vorzieht, sich aufgrund der Gutachten ein eigenes Urteil zu bilden.

Der Forderung, daß die Handelskammern ihre Gutachten motivieren sollen, ist grundsätzlich zuzustimmen. Das Gericht muß, soweit wie möglich, die Richtigkeit der Schlußfolgerungen des Gutachtens nachprüfen können. In vielen Fällen ist aber die Ursache des Entstehens eines Handelsgebrauchs nicht mehr feststellbar. Die befragten Firmen werden sie auch nicht feststellen wollen oder können, denn eine Untersuchung darüber würde zu viel Mühe beanspruchen, die der Kaufmann lieber seinem Geschäftszweck widmet. Eine solche Zumutung hätte in vielen Fällen die Einstellung der ehrenamtlichen Gutachtertätigkeit für die Handelskammern zur Folge.

So sehr auch die Mitteilung der Namen der Gewährsleute und der Inhalt ihrer Auskünfte zu begrüßen wäre, so würde ein solches Verfahren auch größere Nachteile bringen. Das Handelskammerverfahren würde persönlich und deshalb Anlaß zur Auferlegung von Zurückhaltung geben. Es käme u. E. zu einem reinen Zählverfahren, und der Kammer würde die Abwägung der einzelnen Absichten entzogen, trotzdem sie oft besser in der Lage sein wird, sich dieser Aufgabe zu unterziehen, als das Gericht.

Die letzte Forderung, die Handelskammern sollen durch eines ihrer Mitglieder ihre Gutachten vor Gericht vertreten lassen, ist auch abzulehnen. Die Nachteile, die die Befragung der Sachverständigen hat, könnten auch hier nicht vermieden werden. Vor allem kann den Handelskammern nicht zugemutet werden, alles das zu decken, was ihre Sachverständigen oder ihre Mitglieder vor Gericht aussagen. Es werden bei einer Gerichtsverhandlung so viel Fragen gestellt, daß die Kammern sie im voraus nicht alle erwarten und dazu Stellung nehmen können. Ihre Abgeordneten müßten aus eigenem Wissen Antwort geben, und es besteht keine Garantie, daß sich diese Antworten mit den Ansichten der Kammern dekken[35]. Eine solche Vertretung ist auch nicht notwendig. Jede Partei kann ja das Gutachten der Kammer bemängeln und andere Beweise beibringen.

---

[35] Roßbach a. a. O. S. 1188.

Ohne Schaden für die Beteiligten kann daher an dem bisherigen Verfahren festgehalten werden, solange die Unparteilichkeit der Handelskammern bei der Abgabe von Gutachten gewahrt bleibt. Vor allem muß eine Bevorzugung von wirtschaftlich stärkeren Gruppen vermieden werden. Eine solche Bevorzugung kann einmal liegen in einer stärkeren Befragung von Mitgliedern dieser Gruppen oder aber in einer besseren Bewertung ihrer Auskünfte. Die Kammern haben es in der Hand, ihre bisherige Tätigkeit auf dieser Basis zum Vorteil der Wirtschaft fortzusetzen.

DRITTES KAPITEL

Kodifikation von Handelsgebräuchen.

§ 11. Kodifikation durch Handelskammern.

Diese Kodifikationen sind Sammlungen von schriftlich niedergelegten Handelsgebräuchen irgend einer zentralen Stelle. Der Sammeltätigkeit unterziehen sich in der Hauptsache Handelskammern und wirtschaftliche Verbände. Hier soll zunächst von den Kodifikationen der Handelskammern die Rede sein.

Die Ausdrücke „kodifizieren" und „Kodifikation" stammen aus der Zeit, in der man in den Handelsgebräuchen stillschweigend vereinbarte Bedingungen festzustellen glaubte. Das heutige Sammeln ist etwas ganz anderes. Man hat, wahrscheinlich aus Gewohnheit, diese Ausdrücke beizubehalten, obwohl zwischen ihrem wörtlichen und dem hier angewandten Sinne ein großer Unterschied besteht[1].

Schon seit es kaufmännische Korporationen gibt, besteht eine ihrer Aufgaben in der Abgabe von Gutachten über Handelsgebräuche, Parere genannt. Die am internationalen Handelsverkehr beteiligten Kaufleute unterwarfen sich den an den einzelnen Meßplätzen geltenden Gewohnheiten, die von deren kaufmännischen Behörden festgestellt und mitgeteilt wurden. Diese Gutachten stellen eine wichtige Quelle des modernen Handelsrechts dar[2].

Die Einigungsbestrebungen, die sich in der Mitte des vorigen Jahrhunderts auch auf diesem Gebiet geltend machten, führten am 15. Mai 1858 zu einer Zusammenkunft der Vertreter der bedeutendsten deutschen Handelskammern mit dem Zweck, eine Vereinheitlichung der „Usancen und Rechnungsweisen" der verschiedenen Plätze zu erreichen. Man kam zu dem Beschluß, im Jahre 1860 „Usancen" in Kraft zu setzen[3]. Die einzelnen Korporationen behielten sich aber das Recht vor, ihre „Usancen" selbsttätig zu verfassen. Diese sollten dann immer als vereinbart gelten, wenn die Parteien keine abweichende Bestimmung getroffen hatten[4].

Viele Kammern, wie Magdeburg, Berlin, Breslau, Danzig, Kiel u. a.[5] gaben Sammlungen heraus. Die dem Wesen der Handelsgebräuche widersprechende Funktion, die ihnen hier zugewiesen

---

[1] Deparade a. a. O. S. 14.

[2] Trumpler in der deutschen Juristen-Zeitung XVII. Jahrgang (1912) Nr. 1, S. 73/4.

[3] Gutsche-Behrend a. a. O. S. XV.

[4] Ebenda a. a. O., S. XV.

[5] Deparade a. a. O., S. 12.

wurde, konnten sie natürlich nicht wahrnehmen. Bald stellte sich heraus, daß sich die Gebräuche so geändert hatten, daß die Sammlungen in vielen Punkten überholt waren. Nur schwer ging man an eine Umarbeitung heran. Man sammelte die abgegebenen Gutachten und ordnete sie entweder nach Branchen (Magdeburg) oder nach juristischen Gesichtspunkten (Breslau).

Heute erfolgt die Kodifikation von Handelsgebräuchen durch die Handelskammern auf drei verschiedene Arten[6]. Bei dem ersten Verfahren werden für die einzelnen Handelszweige Fachausschüsse gebildet, denen unter dem Vorsitz eines fachkundigen Mitglieds des Aeltestenkollegiums die Interessenvertreter angehören, d. s. Vertreter der Lieferanten und Abnehmerfirmen der betreffenden Branche. Die Arbeit erfolgt nach gewissen Richtlinien, die die Kammer für die Kodifikationsarbeiten erläßt. Unter Benutzung des gesamten vorhandenen Materials, wie Gutachten, ältere Sammlungen, Sammlungen von wirtschaftlichen Verbänden usw. werden nach eingehenden Ermittlungen durch die einzelnen Fachausschüsse, die Handelsgebräuche ihres Geschäftszweiges niedergeschrieben. Das erfordert oft längere Zeit und viele Kämpfe innerhalb des Kollegiums. Die fertiggestellte Niederschrift wird von dem zuständigen Syndikus der Kammer in die richtige Form und oft auch mit der Ausdrucksweise der Gesetzgebung in Einklang gebracht. Die Aenderungen werden dem Fachausschuß nochmal zur Zustimmung vorgelegt, dann erfolgt die Vorlage an die Kammer. Nach ihrer Genehmigung durch diese, werden die so kodifizierten Handelsgebräuche veröffentlicht.

Bei dem zweiten Verfahren ist die Kodifikation einfacher. Die von der Kammer erstatteten Gutachten werden gesammelt und gesichtet. Aus ihnen werden von dem Syndikus mit Hilfe der sachkundigen Ausschüsse die Sammlungen für die einzelnen Branchen zusammengestellt. Vorausgehen muß natürlich eine Prüfung der Gutachten, ob und wie weit die darin festgestellten Gebräuche noch Handelsgebrauch sind. Die Arbeit, die bei dem ersten Verfahren die Fachausschüsse vornehmen, ist hier schon bei der Abfassung der Gutachten getan worden. Die Genehmigung und Veröffentlichung erfolgt auf demselben Weg wie bei dem erst geschilderten Verfahren.

Es gibt Kammern, die Handelsgebräuche nur dann als bestehend ansehen und veröffentlichen, wenn Einstimmigkeit über sie in den Ausschüssen herrscht, in denen über sie abgestimmt wird[7]. Bei anderen genügt Mehrheitsbeschluß.

Die dritte Art der Kodifikation von Handelsgebräuchen ist das

---

[6] Der Verfasser informierte sich über die Verfahren der Handelskammern durch Aussprache mit dem zuständigen Syndikus der Handelskammer Saarbrücken. Vgl. auch Deparade: Die Kodifikation von Handelsgebräuchen.

[7] z. B. Magdeburg, s. Gutsche-Behrend a. a. O. S. 21.

sogen. Berliner Verfahren, das die Handelskammern in Berlin und Potsdam und die Aeltesten der Kaufmannschaft in Berlin befolgen[8].

Interessensverbände verhandeln unter Leitung der betreffenden Kammer über Bedingungen, die dem geschäftlichen Verkehr ihrer Mitglieder zugrunde gelegt werden sollen. Man einigt sich über diese Bedingungen und zeichnet sie auf. Sie enthalten Handelsgebräuche und solche Bedingungen, die nach dem Willen der Organisation Handelsgebräuche werden sollen. Diese Sammlung wird veröffentlicht, und den Beteiligten wird eine möglichst regelmäßige Anwendung empfohlen. Wenn kein Widerspruch erfolgt, werden sie nach einem gewissen Zeitraum — meist ein Jahr — als Handelsgebräuche im Sinne des § 346 HGB. nochmals veröffentlicht. Machten sich aber Widersprüche geltend, so wird noch einmal beraten. Vielleicht werden dann einige Aenderungen vorgenommen. Das Resultat dieser nochmaligen Beratung ist in der Regel die Veröffentlichung der geänderten Bedingungen als Handelsgebräuche im Sinne des § 346 HGB.

Alle drei Verfahren, besonders aber das Berliner, sind Gegenstand lebhafter Kritik geworden.

Zunächst soll hier auf einen Fehler jeder Kodifikation von Handelsgebräuchen hingewiesen werden. Handelsgebräuche sind von Natur aus elastisch, da sie sich den Erfordernissen der Wirtschaft anpassen. Es gibt dauernd geübte Gebräuche und solche mit beschränkter Geltungsdauer. Gerade in der politisch und wirtschaftlich so bewegten Gegenwart, die täglich Altes zerstört und Neues schafft, kommen und vergehen sie schneller als sonst. Sie müssen dauernd geändert und auf das laufende gebracht werden. Das erscheint bei dem bürokratischen Betrieb und bei dem umständlichen Ermittlungsverfahren der Handelskammern meist nicht sehr leicht.

Vor allen Dingen muß es vermieden werden, daß die Sammlungen der Handelskammern den Anschein rechtlicher Verbindlichkeit erwecken und das Publikum irreführen. Es muß klar ersichtlich sein, daß sie private Arbeiten einer Behörde sind, an die niemand gebunden ist. Die beteiligten kaufmännischen Kreise wissen oft nicht, daß sie jederzeit abweichende Handelsgebräuche behaupten und beweisen können. In dieser Hinsicht sollte von den Kammern mehr aufgeklärt werden.

Ein weiterer Fehler liegt in der geringen Größe der Kammerbezirke und der Rechtsunsicherheit, die sich ergibt, wenn Geschäfte über Kammergrenzen hinaus gemacht werden, und die in Frage kommenden Kammern verschiedene Gebräuche festgestellt haben[9]. Es liegt nicht in der Macht der einzelnen Kammern, den Geltungsbereich eines bestimmten Gebrauchs über ihr Gebiet hin-

---

[8] Vgl. Deparade a. a. O. S. 48.

[9] Vgl. weiter oben S. 10 u. 22 ff.

aus zu bemessen oder ihren Sammlungen von sich aus größeren Geltungsbereich zu verschaffen. Derartige Versuche müssen entschieden zurückgewiesen werden.

Zu größeren Bedenken geben die Ausgleichsverhandlungen, die stattfinden, Anlaß. Die Vertreter der einzelnen Gruppen suchen bei den Verhandlungen in den Fachausschüssen möglichst viel für ihre Gruppe herauszuholen und die Kammern sind nicht immer in der Lage genau abzumessen, was einer Partei zukommt. Es besteht daher die Gefahr, daß die wirtschaftlich mächtigere Gruppe Sondervorteile für sich herausholt. Wenn es sich um gleichmächtige Gruppen handelt, mögen keine großen Nachteile entstehen.

Darüber hinaus sind bei dem Berliner Verfahren noch andere Nachteile festzustellen[10]. Hier werden teilweise Bedingungen zu Handelsgebräuchen gemacht, die nur aufgrund der wirtschaftlichen Uebermacht einer Gruppe über die andere zu ihrer Bedeutung kamen. Es werden nicht Handelsgebräuche aufgezeichnet, sondern selbständig dem Verkehr aufgezwungen. Das Verfahren kann nur solange ein brauchbares sein, als die Zustimmung aller Beteiligten zu den gemachten Handelsgebräuchen eine freiwillige ist, denn nur dann besteht die Garantie, daß es Bedürfnisse des Handelsverkehrs und nicht Sonderinteressen befriedigt. Im einzelnen Fall wird eine Unterscheidung zwischen diesen beiden Anlässen immer schwierig sein. Gegen eine übermäßige Geltendmachung von Sonderinteressen auf dem Umweg über die Kodifikation von Handelsgebräuchen durch die Handelskammern läßt sich aufgrund der augenblicklichen rechtlichen Situation nur sehr schwer etwas unternehmen.

§ 12. Kodifikation durch wirtschaftliche Verbände.

a) Kodifikation durch wirtschaftliche Verbände im allgemeinen.

Neuerdings haben sich auch wirtschaftliche Verbände der Aufgabe unterzogen, in ihr Interessengebiet fallende Handelsgebräuche zu kodifizieren. Ihre Arbeiten sind als reine Privatsammlungen gekennzeichnet und erwecken nicht den Anschein der rechtlichen Verbindlichkeit, wie es oft die der Handelskammern tun.

Voraussetzung für die Brauchbarkeit dieser Sammlungen ist natürlich unbedingte Neutralität und Objektivität der mit der Kodifikation beauftragten Stellen. Es ist aber zu befürchen, daß die Arbeiten, für die Verbände verantwortlich zeichnen, diese Voraussetzungen vermissen lassen. Solange diese Befürchtungen nicht

---

[10] Dieses Verfahren hat auch die größten Widerstände gefunden, vgl. Schreiber, dessen Werk „Handelsgebräuche" zum Teil eine Kampfschrift gegen die Berliner Art der Kodifikation und ihre Auswüchse ist.

gegenstandslos sind, ist den Sammlungen der Handelskammern der Vorzug zu geben.

Trotzdem soll jetzt gezeigt werden, wie wirtschaftliche Verbände Kodifikationen vornehmen können, die besser in der Lage wären, die Funktionen auszuüben, die bisher den amtlichen Sammlungen der kaufmännischen Stellen zukamen. Es müßte aber, wie schon erwähnt, unbedingte Objektivität walten.

Vereinigt ein Fachverband Lieferanten und Abnehmergruppen in sich, so sollte es diesen ein Leichtes sein, in gemeinsamer Arbeit allgemein geübte Handelsgebräuche festzustellen. Sie sind vermöge ihrer Sachkenntnis und ihrer Vertrautheit mit den Gepflogenheiten ihrer Branche besser über deren Bestehen und Wert unterrichtet und befugt, darüber zu urteilen, als die Handelskammern. Voraussetzung ist, daß nur wirklich bestehende Gebräuche gesammelt werden, und daß nicht für einen Teil nachteilige Bedingungen aufgenommen werden. Auf diesem Wege würden die Kompromißverhandlungen bei den Handelskammern erspart und die Schwerfälligkeit des behördlichen Verfahrens wäre vermieden. Aenderungen der Gebräuche könnten sofort in den Sammlungen ihren Niederschlag finden. Die Handelskammern nehmen verständlicherweise, wenn sie einmal eine Sammlung zustandegebracht haben, nicht gern Aenderungen vor. Ihre Arbeiten sind auf längere Geltungsdauer berechnet, und eine kleine Aenderung muß wieder den gesamten schwerfälligen Apparat mit seinen Beratungs- und Einspruchsfristen in Bewegung setzen. Vor Beendigung dieses Verfahrens ist wieder ein Zeitraum, in dem unsichere Verhältnisse herrschen.

Ein weiterer Vorteil der Sammlung der Handelsgebräuche durch wirtschaftliche Verbände wäre der Umstand, daß sich das Einflußgebiet der Verbände meist mit dem der Gebräuche deckt. Unsicherheiten über den Geltungsbereich wären weniger vorhanden, als dies bei den Handelskammersammlungen der Fall ist.

Unbenommen soll den Kammern ihre gutachtliche Tätigkeit sein. Sie fänden durch die Sammlungen der Verbände Unterstützung auf diesem Gebiet.

Auch Verbände, die nur Lieferanten oder nur Abnehmer umfassen, könnten den gleichen Erfolg erzielen, wenn sie unter denselben Voraussetzungen mit den Verbänden ihrer Kontrahenten unterhandeln.

Für die Kodifikationsarbeiten müßte ein Organ — vielleicht Kodifikationsausschuß genannt — geschaffen und mit geeigneten Leuten besetzt werden. Als Garantie für die Objektivität könnten ein oder mehrere unbeteiligte Juristen herangezogen werden. Dieser Ausschuß müßte in regelmäßigen und bei Bedarf auch außerordentlichen Zusammenkünften die Kodifikation überprüfen und eventuelle Aenderungen anbringen oder Neuaufnahmen in die Sammlungen tätigen.

b) Die Kodifikation der Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr durch den Verein von Holzinteressenten in Freiburg i. Brsg.

Ein Schulbeispiel für eine gute Kodifikation durch einen Fachverband bieten Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr, die vom Verein für Holzinteressenten Südwestdeutschlands in Freiburg i. Brsg. kodifiziert worden sind. Dieser Verein umfaßt Holzerzeuger, Holzhandel und Holzverarbeiter.

Seine Gründung erfolgte in der Hauptsache durch Firmen, die am Holzeinkauf in den linksrheinischen Wäldern interessiert waren, im Jahre 1900. Dementsprechend umfaßte sein Interessensgebiet Elsaß-Lothringen, Baden, Württemberg, die Rheinpfalz, das südliche Rheinpreußen und das Großherzogtum Luxemburg. Es gelang dem Verein in kurzer Zeit auch den Holzhandel und die teilweise noch fernstehende Sägeindustrie zum Eintritt zu bewegen und damit zu einem Fachverband zu werden, der sämtliche Zweige der Holzwirtschaft in sich vereinigt. Immer wurden geschickt die Interessen der Holzwirtschaft vertreten. Der Einfluß des Vereins vergrößerte sich so, daß heute die südwestdeutsche Holzwirtschaft ohne ihn nicht mehr denkbar ist. Die Nachkriegszeit brachte die Abtrennung der elsaß-lothringischen und luxemburgischen Mitglieder, so daß sich das Einflußgebiet auf Baden, Württemberg, die Rheinpfalz, Saargebiet, Hessen und einen Teil des linksrheinischen preußischen Gebiets verkleinerte.

Schon früh erkannte es der Verein als seine Aufgabe, zur Hebung der Verkehrssicherheit in der Holzwirtschaft die bestehenden Gebräuche im Holzhandelsverkehr zu sammeln. Nach umfangreichen Vorarbeiten wurde im Jahr 1905 die erste Kodifikation herausgegeben. Man hatte die örtlichen Sonderheiten außer Acht gelassen, um gemeinsame Gebräuche für das ganze Interessensgebiet zu bekommen. Es ist verständlich, daß nicht nur allgemein geübte Gebräuche in die Sammlung aufgenommen wurden, sondern daß auch Regelungen hineinkamen, die noch nicht den Charakter eines Handelsgebrauchs hatten. Sie trugen aber den verschiedenen im Verein bestehenden Interessen Rechnung und setzten sich so durch, daß sie heute alle als Handelsgebrauch anerkannt sind und die damals in der Holzwirtschaft herrschenden kleineren und größeren Unsitten ausgemerzt haben. Es zeugt von der Güte dieser Kodifikation, daß trotz Krieg und Umsturz erst in den Tagen der Inflation eine Neubearbeitung vorgenommen werden mußte. Hierbei beteiligten sich auch Vertreter der rheinisch-westfälischen Holzwirtschaft, weil sich die südwestdeutschen Gebräuche auch in diesem Gebiet durchgesetzt hatten und man auch von dort aus auf die Neuredaktion einwirken wollte. 1926 wurden die Inflationsschlacken wieder entfernt, ebenfalls unter Mitwirkung der rheinisch-westfälischen Holzhändler und auch der Vertreter des Saar-

gebiets. Es brauchten aber nur geringe Aenderungen vorgenommen zu werden. Ein glücklicher Gedanke war die Trennung in wirklich allgemein geübte Handelsgebräuche und Musterlieferungsbedingungen, die den Mitgliedern als Vertragsgrundlage empfohlen wurden.

Mit Recht schreibt der Herausgeber der neuesten Ausgabe der Sammlung, daß ein nahezu geschlossenes Wirtschaftsgebiet, das sich vom Südwesten Deutschlands bis an den Niederrhein und nach Westfalen erstreckt, in den Wirkungsbereich der südwestdeutschen Gebräuche einbezogen worden ist[11]. Ihr Inhalt ist derartig Allgemeingut der „Hölzernen" dieses Gebiets geworden, daß bei Streitigkeiten im allgemeinen ein Hinweis auf die Gebräuche — damit ist die erwähnte Sammlung gemeint — genügt, um auf deren Basis zu einer Einigung zu kommen. Kein Zweig der Holzwirtschaft fühlt sich benachteiligt. Die Zufriedenheit mit der Sammlung ist allgemein.

Daß sich die amtlichen Stellen dieser Erkenntnis nicht verschließen, beweisen die dem Verfasser zugegangenen Antworten auf eine Anfrage über die Verkehrs- bzw. Handelsüblichkeit der Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr an die in Frage kommenden Handelskammern. Alle im Geltungsbereich dieser Gebräuche liegenden Handelskammern[12] wurden befragt und alle haben die Verkehrs- und Handelsüblichkeit bestätigt. Das ist der beste Beweis für die Güte dieser Kodifikation und auch ein Beweis dafür, daß die in ihr niedergeschriebenen Gebräuche auch wirklich Handelsgebräuche sind.

---

[11] Vorwort S. 5.

[12] Die Handelskammern in Württemberg, Baden, Hessen, im linksrheinischen Bayern (Pfalz) und im Saargebiet. Ausnahmen: Im Bezirk der Handelskammer Bingen beschränkt sich die Gültigkeit der Gebräuche auf Holz südwestdeutschen Ursprungs. — Für den Handelskammerbezirk Gießen sind die Gebräuche nur handels- und verkehrsüblich, soweit sie sich auf Qualitätsbestimmungen der verschiedenen Schnittholzarten beziehen.

VIERTES KAPITEL

Die wirtschaftliche Bedeutung der Handelsgebräuche.

§ 13. Die wirtschaftliche Bedeutung der Handelsgebräuche im allgemeinen.

Aus den vorangehenden Ausführungen ist schon teilweise zu ersehen, welche Bedeutung die Handelsgebräuche für die Wirtschaft haben. Sie soll jetzt zusammenfassend geschildert werden.

Für einen hochentwickelten Wirtschaftskörper, wie ihn die deutsche Wirtschaft darstellt, ist die Art und die Schnelligkeit, in der sich der Verkehr zwischen den einzelnen Gliedern abspielt, von außerordentlicher Wichtigkeit, und gerade jetzt im Zeitalter der Rationalisierung werden immer wieder Versuche gemacht, diesen Verkehr zu vereinfachen und schneller zu gestalten. Daß hier Erfolge erzielt worden sind, ist nicht zuletzt auf das Bestehen von Handelsgebräuchen zurückzuführen. Mit ihrer Hilfe wurde der Handelsverkehr in bestimmte Bahnen gelenkt. Auch ohne daß die Kaufleute die Abwicklung ihrer Geschäfte bis ins einzelne im voraus bestimmen, wissen die Kontrahenten genau, wie sie zu handeln haben. Mangels Parteivereinbarung bestimmt in sehr vielen Fällen das in diesen Kreisen Uebliche, der Handelsgebrauch, Tun und Lassen. Kennt ein Partner den anzuwendenden Handelsgebrauch nicht, so muß er für seine mangelnde Geschäftskenntnis den Schaden tragen; denn der Handelsgebrauch gilt auch gegen den, der ihn nicht kennt.

Der redliche Kaufmann handelt so, wie es sein Kontrahent nach der Handelssitte erwarten kann. Der nicht redliche Kaufmann wird durch eigenen Schaden dazu gezwungen, denn er muß seine Geschäfte so abwickeln, wie es Treu und Glauben verlangen, d. h. wie sie ihren Niederschlag in den Handelsgebräuchen gefunden haben.

Die Typisierungs- und Normalisierungsbestrebungen unserer Zeit sind an den Handelsgebräuchen nicht vorbeigegangen. Es ist eine immer größere Zentralisation eingetreten. Mehr und mehr setzten sich in den einzelnen Branchen einheitliche Handelsgebräuche und damit auch in größeren Gebieten einheitliche Formen des Handelsverkehrs durch. Diese Entwicklung ist ein weiterer Schritt auf dem Weg der Vereinfachung und Beschleunigung des Handelsverkehrs. Es soll aber nicht verkannt werden, daß hier noch mehr zu erreichen ist[1].

Die mit Hilfe der Handelsgebräuche erreichte Verkehrssicherheit hat wesentlich zu der günstigen Entwicklung unserer Wirt-

[1] Vgl. weiter unten S. 41.

schaft in den letzten Jahrzehnten beigetragen. Es ist ein großer Vorteil für den Kaufmann, wenn er einen bestimmten erwünschten Vorgang mit einem Wort in seinen Abschlüssen festlegen kann. In den Verträgen zwischen Kaufleuten werden immer wieder gewisse Klauseln gebraucht, die nach Handelsbrauch einen festen Sinn haben. Auf Grund seiner Kenntnis von der Handelssitte weiß der Kontrahent genau, wie er dieses Wort auszulegen hat.

Mehrdeutige Vereinbarungen legen die Handelsgebräuche aus, unlautere Absichten eines unredlichen Kaufmanns durchkreuzen sie. Wenn auch von der Bedeutung der Handelsgebräuche im Prozeß mehr geschrieben und gesprochen wird, so ist doch nicht zu verkennen, daß ihre Wirksamkeit im außergerichtlichen Rechtsverkehr die wichtigere und ausgedehntere Funktion ist. Gerade in der hier erreichten Verkehrssicherheit liegt die Hilfe, die sie dem Handelsverkehr gewähren. Daß sie auch wesentliches Hilfsmittel für dem normalen Rechtsempfinden entsprechende Urteile der Gerichte in Handelssachen sind, ist ein weiterer Vorteil.

In ihnen spiegeln sich die Erkenntnisse von Generationen, d. h. die Erfahrungen vieler Kaufleute in einem längeren Zeitraum, wieder. Sie zeigen, wie wirtschaftlich am besten gehandelt wird und beweisen oft genug denjenigen, die sie nicht beachten, daß man den in ihnen niedergelegten Erfahrungsweisheiten nicht ungestraft trotzt. Wie sollte auch ein einzelner, abgesehen vielleicht von ganz geringen Ausnahmen, eine bestimmte Sachlage besser beurteilen können, als es viele andere vor ihm getan haben.

Die Vereinfachung des Geschäftsverkehrs wirkt sich bei dem einzelnen Kaufmann in der Verringerung der Unkosten aus. Sie hilft zu Personal- und Zeitersparnis. Müßte der Kaufmann bei seinen Verhandlungen und Abschlüssen all das erwähnen und schriftlich festlegen, was durch Handelsgebrauch geregelt ist, so würde jede einzene Geschäftshandlung mehr Zeit und mehr schriftliche Arbeit beanspruchen, und die Uebersicht wäre erschwert. Immer wieder müßte geprüft werden, was der Abschluß vorschreibt, während es doch viel einfacher ist, daß in den Sachen, in denen eine Handelsübung festliegt, keine Vereinbarung getroffen wird und die Ausführung so geschieht, wie es diese Uebung vorschreibt, d. h. wie es gang und gäbe ist.

In Streitfällen bewahrt die Kenntnis der Handelsgebräuche vor unnötigen Kosten, denn die Aussicht eines Prozesses ist mit ihrer Hilfe oft eindeutig zu beurteilen. Die Folge davon wird in aussichtslosen Fällen Unterfassung einer Klage oder sofortige Erfüllung der eingeklagten Leistung und damit Ersparung von Prozeßkosten sein.

Es wird oft nicht beachtet, daß die Handelsgebräuche auch zur Verringerung des Risikos dienen können. Nach § 459 BGB. haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, daß sie nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu

dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Diese Haftung heben zuweilen Handelsgebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr auf. Hier ist für innere, bei oder nach der Verarbeitung sich ergebende Fehler äußerlich gesunden Nutzholzes und daraus entstehende Folgen der Verkäufer nicht verantwortlich, sofern er diese Mängel nicht arglistig verschwiegen hat[2]. Die Vermessung von Rundholz hat in der Mitte des Stammes zu erfolgen. Ist der Käufer bei ihr nicht anwesend, so hat er nachträglich das Recht, wenn gerade in der Mitte des Stammes eine Verdickung ist, und über dieser Verdickung gemessen ist, erneut an einer dünneren, unmittelbar an der Mitte liegenden Stelle zu messen. Er ist nicht verpflichtet, die Messung an einer Stelle mit ungewöhnlichem Umfang zu tolerieren[3].

§ 14. Wirtschaftliche Bedeutung der kodifizierten Handelsgebräuche.

Kodifizierte Handelsgebräuche bieten dem Kaufmann über die soeben geschilderten Vorteile hinaus in ihrer Eigenschaft als Kodifikation noch weitere Hilfsdienste bei der Abwicklung seiner Geschäfte. Die erzieherische Wirkung vergrößert sich durch sie. Der Kaufmann wird durch ihre Existenz nachdrücklich daran erinnert, daß Recht und Brauch herrschen und daß er seine Handlung mit diesen in Einklang zu bringen hat. Sie mahnen ihn durch ihr Beispiel, sich in Wort und Schrift einer klaren Ausdrucksweise zu bedienen, denn oft genug sind Unklarheiten über Redewendungen die Quelle von Streitigkeiten und Prozessen. Die Kodifikationen erklären die Bedeutung der typischen Ausdrücke und zeigen die Folgen ihrer Anwendung. Mit der Kenntnis dieser Folgen muß sich das oft gerügte geringe kalkulatorische Denken der Handeltreibenden vergrößern, denn gerade die Ungewißheit über die Tragweite einer beabsichtigten geschäftlichen Handlung kann zu einer niedrig gegriffenen Schätzung führen. Kalkulieren kann der Kaufmann nur, wenn er weiß, was und wie er zu leisten hat. Darüber gibt ihm in vielen Fällen der Handelsgebrauch Aufklärung und gleichzeitig erhält er mit diesen Unterlagen Anreiz zur Kalkulation.

Früher, als man noch seine Waren per Wagen von Handelsplatz zu Handelsplatz befördern mußte, war es dem angehenden Kaufmann ein leichtes, in seiner Lehrzeit die Handelsgebräuche der einzelnen Plätze kennenzulernen. Er konnte sich mit diesen so vertraut machen, daß ihm bei seinen späteren Handelsfahrten keine Schwierigkeiten entstehen konnten. Damals waren Kodifikationen unnötig, zumal man sich bei der langsamen Abwicklung

[2] § 17 der Gebr. i. swd. Hhv.

[3] § 20 ebenda. Vgl. die Besprechung dieser Handelsgebräuche im letzten Teil dieser Arbeit.

der Geschäfte auch über unbekannte Gebräuche genügend orientieren konnte.

Heute hat sich die Zahl der Waren, mit denen Geschäfte gemacht werden, ungeheuer vergrößert, durch Eisenbahn, Telefon, Telegraf ist das Tempo, in dem sie durchgeführt werden, ein ganz anderes geworden. Dem einzelnen Kaufmann ist es meist nicht mehr möglich, alle Handelsgebräuche zu kennen, die für sein Unternehmen in Frage kommen. Er muß Abschlüsse machen, für die ihm unbekannte Gebräuche maßgebend sind. Bevor er sich diesen durch einen Abschluß unterwirft, will er sie kennen lernen. Hier helfen ihm die Kodifikationen.

Der Leiter eines großen Handelshauses ist auf die Kenntnis, die seine Angestellten von den Handelsgebräuchen haben, angewiesen. Sein Bestreben, unabhängig von seinen Angestellten zu werden, können nur gedruckte Sammlungen der Gebräuche unterstützen.

Will ein Kaufmann mit seinen Waren in ein bisher unbearbeitetes Gebiet eindringen, so müßte er sich bei den Kaufleuten dieser Gegend über die dort geübten Gebräuche informieren. Dieses Verfahren ist sehr zeitraubend und unsicher, denn wer bürgt ihm dafür, daß er nicht aus Konkurrenzgründen falsche Auskünfte bekommt. Dieser Mühen und Unsicherheiten entheben ihn Gebräuchesammlungen.

Auch für die Handelskammern, für den Rechtsbeistand, für den Richter sind bei den Erhebungen über das Bestehen von Handelsgebräuchen Gebräuchesammlungen von großem Wert.

In allen diesen Fällen ist Bedürfnis für Kodifikationen vorhanden, obwohl nicht verkannt werden soll, daß ihre geringe Elastizität ein Nachteil ist, weil sie sich nicht so schnell den Aenderungen anpassen, denen die Gebräuche unterworfen sind[4].

Selbst Schreiber, der Vorkämpfer gegen die Benutzung von Gebräuchesammlungen erkennt an, daß „ein nicht zu leugnendes Bedürfnis für Kodifikationen besteht, die die Orientierung über den Inhalt der bestehenden Handelsgebräuche erleichtern“[5].

Neben der Erleichterung der Orientierung haben Kodifikationen noch eine weitere große Bedeutung. Sie führen zu einer Angleichung der Handelsgebräuche verschiedener Gebiete und damit zu einer weiteren Vereinfachung des Handelsverkehrs. Es ist die Beobachtung zu machen, daß sich die Handelsgebräuche wirtschaftlich in Verbindung stehender Gebiete in oft kurzer Zeit egalisieren.

Bei einer 1922 vorgenommenen Revision der ursprünglich für Südwestdeutschland gültigen Gebräuchesammlung des Vereins von Holzinteressenten Südwestdeutschlands wirkten Vertreter des Verbands Rheinisch-Westfälischer Holzhändler in Essen a. d. Ruhr mit und bezeichneten die vorbildlichen südwestdeutschen Gebräu-

[4] Vgl. darüber die Erörterungen weiter oben auf S. 33 u. 34.

[5] a. a. O. S. 38.

che auch im Rheinland als üblich. Ihre Güte hat in der kurzen Zeit von 17 Jahren ausnahmslos zur Uebernahme in das Wirtschaftsgebiet des genannten Verbandes geführt[6]. Damit war ein großer Fortschritt für den Wechselverkehr zwischen dem südwestdeutschen Produktionsgebiet und dem westdeutschen Verarbeitungsgebiet erreicht.

Auch auf die Handelsgebräuche im bayerischen Holzhandelsverkehr hat die südwestdeutsche Kodifikation eingewirkt. Bei einem Vergleich der in beiden Gegenden geübten Gebräuche sind heute kaum Unterschiede festzustellen. Lediglich für die für Bayern typischen Waren, die es in Südwestdeutschland nicht gibt, sind besondere Gebräuche vorhanden. Ueber Zahlungsart, Zahlungsweise, Erledigung von Streitigkeiten, Abnahme, Lieferung, Auslegung der Begriffe „Waggon", „Wagen", „zirka", „ungefähr", „Spielraum in Massen", „Mängelrüge" und Qualität herrschen dieselben Gebräuche.

Nicht in demselben Maße, aber doch unverkennbar, haben sich auch die mitteldeutschen Gebräuche für den Verkehr mit Holz den südwestdeutschen angeglichen. Uebereinstimmung herrscht aber über Erfüllungsort, Versendung, Versandkosten, verborgene Fehler und zum Teil auch bei den technischen Gebräuchen[7].

Andere sehr wichtige Gebräuche unterscheiden sich aber noch wesentlich. Während die Mängelrüge in Südwestdeutschland[8] innerhalb 8 Tagen nach Empfang der Ware zu erfolgen hat, muß sie in Mitteldeutschland[9] innerhalb 4 Tagen erfolgen. In Bayern ist darüber überhaupt kein Handelsgebrauch festgestellt[10]. In Südwestdeutschland[11] bedeutet eine Waggonladung 15 000 bis 17 500 kg je nach des Verkäufers Wahl, in Bayern[12] 15 000 kg, in Mitteldeutschland[13] 10 000 bis 17 500 kg nach des Verkäufers Wahl.

Diese immerhin noch großen Unterschiede beweisen, daß ein weiteres Fortschreiten auf dem Wege der Vereinheitlichung der Handelsgebräuche im Interesse der Wirtschaft liegt. Letztes Ziel ist die Bildung von Reichshandelsgebräuchen.

Abgesehen von der einheitlichen Auslegung von Handelsklauseln, wie „cif" und „fob" im ganzen Reich — es sind ja internationale Klauseln — haben sich in einzelnen Branchen doch schon Uebungen durchgesetzt, die für das ganze Reich maßgebend sind.

---

[6] Vorwort zu den Gebr. i. swd. Hhv., S. 4.

[7] Vgl. mitteldeutsche Gebräuche für den Verkehr mit Holz und Furnieren, Leipzig 1924.

[8] § 10 der Gebr. i. swd. Hhv.

[9] § 12 der mitteldeutschen Gebräuche.

[10] Vgl. Lieferbedingungen und Gebräuche im bayerischen Holzhandelsverkehr, München 1926.

[11] § 5 der Gebr. i. swd. Hhv.

[12] § 8 der erwähnten bayerischen Gebräuche.

[13] § 5 der mitteldeutschen Gebräuche.

Der Begriff „trockene Ware“ ist in allen deutschen Holzhandelsgebräuchen für einheimische Hölzer die gleiche[14]. Ebenso verhält es sich, wenn die verkaufte Menge durch die Ausdrucksweise „von ... bis“ als unbestimmt bezeichnet ist. In diesem Falle liegt es in dem Ermessen des Verkäufers, innerhalb der angegebenen Grenzquanten irgendeine Menge zu liefern[15]/[16].

Es sei noch erwähnt, daß gedruckte Handelsgebräuche den Kaufmann bei der Kontrolle der Waren, die er empfängt, unterstützen und ihm deshalb Rundfragen und Verzögerungen ersparen.

---

[14] Gebr. i. swd. Hhv. § 16; § 17 der mitteldeutschen Gebräuche für den Verkehr mit Holz und Furnieren, gesammelt von den Verbänden der mitteldeutschen Arbeitsgemeinschaft, d. s. Nordwestdeutscher Verein für Holzhandel und Holzindustrie, Cassel. Verband Deutscher am Großverkehr mit ausländischem Nutzholz beteiligter Firmen, Hamburg. Verband Mitteldeutscher Holzhändler, Dresden. Zweigvereine: Verband Sächsischer Nutzholzhändler, Verband Deutscher Papierholzhändler, Verband der Thüringischen Sägewerks-Industrie, Weimar, Verein der Holzindustriellen und Holzhandlungen des Harzgebirges, Goslar, Verein Sächsischer Holzindustrieller, Dresden, Vereinigung Niedersächsischer Sägewerke, Lüneburg. § 11 der Gebräuche im Bayerischen Holzhandelsverkehr, gesammelt vom Verein Bayerischer Holzinteressenten E. V., Süddeutscher Sägewerksverein E. V., Holzhändler-Verein München von 1875 E. V.

[15] § 4 der südwestdeutschen, § 5 der mitteldeutschen, § 9 der bayerischen, § 8 der in Laris a. a. O. verzeichneten Breslauer, § 9 der Berliner ebenda, § 4 der oberschlesischen ebenda.

[16] Vgl. die weitere Besprechung dieser Gebräuche im II. Teil dieser Arbeit.

FÜNFTES KAPITEL

Die rechtsgeschäftliche Bedeutung des Handelsgebrauchs.

§ 15. Handelsgebräuche legen Willenserklärungen aus.

Wie wir schon ausgeführt haben, ist § 346 HGB. eine Anwendung der §§ 157 und 242 BGB. auf Handelssachen. Mithin gilt das, was diese Paragraphen für die Verkehrssitte bestimmen, auch für den Handelsgebrauch. Er enthält also zunächst auslegende Wirkung. § 157 BGB. spricht zwar von Verträgen, aber er ist auch für Willenserklärungen maßgebend, denn Verträge sind ja nichts anderes als übereinstimmende Willenserklärungen der Kontrahenten. Die Bestimmungen des § 157 BGB. sind nicht nur auf Verträge und damit auf Willenserklärungen anzuwenden, sondern auf alle Arten von Rechtsgeschäften[1].

Voraussetzung für die auslegende Wirkung des § 157 BGB. ist die Berücksichtigung des § 133 BGB., der vorschreibt, daß bei der Auslegung von Willenserklärungen der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an der Ausdrucksweise zu haften ist. Es ist also zunächst bei der Feststellung des Inhalts einer Willenserklärung zu prüfen, was der Erklärende gewollt hat. Es muß ein erklärter Wille vorliegen[2]. Ist der Wortsinn klar und bestimmt[3], so ist er maßgebend, denn in diesem Falle ist der wirkliche Wille deutlich ausgedrückt und braucht nicht erforscht zu werden. Unbeachtlich ist, was der Erklärende in einer dem Kontrahenten nicht erkennbaren Weise gewollt hat[4], denn hier liegt kein erklärter Wille vor. Von dem buchstäblichen Wortlaut ist abzuweichen, wenn der erklärte Ausdruck den Willen der Parteien nicht deckt[5]. Ist der Inhalt der Erklärung so widerspruchsvoll oder widersinnig, daß ein Wille daraus nicht erkannt werden kann, so ist der Richter der Auslegung enthoben[6]. Es ist keine Willenserklärung zustande gekommen. In diesem Falle kann das Gericht feststellen, daß keine Willenserklärung vorliegt, oder aus dem Vorbringen beider Teile Schlüsse ziehen, die vorher keine Partei gezogen hat. Bestreiten beide Parteien diese Schlüsse, so sind sie nicht maßgebend für sie[7].

---

[1] Staub a. a. O. Anm. 5 zu § 346 HGB.
[2] RG. 96, 124.
[3] RG. JW. 1910, 105.
[4] RG. 95, 124.
[5] RG. JW. 05, 682; 07, 269.
[6] RG. JW. 1910, 801; 1911, 87.
[7] RG. 80, 365.

Läßt sich durch Erforschung des wirklichen Willens zu keinem Ergebnis kommen, so muß § 157 BGB. herangezogen werden[8]. „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Dieser Paragraph soll zunächst auslegen. Er soll mehrdeutigen Bestimmungen einen bestimmten Sinn geben und zwar einen Sinn, wie ihn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Für Handelssachen bieten bei der Auslegung die nach § 242 HGB. und § 157 BGB. zu erforschenden Handelsgebräuche ein Hilfsmittel. Wenn nämlich der Handelsbrauch mit einem bestimmten Ausdruck einen bestimmten Sinn verbindet, ist, sofern keine Anhaltspunkte für eine andere Auslegung gegeben sind, anzunehmen, daß die Parteien diesen Sinn gewollt haben[9]. In solchen Fällen legen die Handelsgebräuche Willenserklärungen aus, d. h. sie geben diesen einen bestimmten eindeutigen Sinn.

Das gilt auch für die große Zahl von Klauseln, die immer wieder in Verträgen zwischen Kaufleuten vorkommen. Es hat sich in Handelskreisen die Gepflogenheit eingebürgert, bestimmte Vorgänge und Abmachungen in kurzen Klauseln auszudrücken. Diese haben nach Handelsbrauch einen bestimmten Sinn und jeder Kaufmann muß diesen Sinn nach § 246 HGB. und § 157 BGB. gegen sich gelten lassen.

So geben die Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr dem an und für sich unbestimmten Ausdruck „Wagenladung" eine ganz bestimmte Deutung. Es ist nicht in das Ermessen der Kontrahenten gestellt, so viel in einen Waggon zu laden, wie es für ihre Zwecke paßt, sondern die erwähnten Gebräuche bestimmen ganz präzise, daß unter „Wagenladung" ein Eisenbahnwagen von wenigstens 15 000 kg und höchstens 17 500 kg Ladung zu verstehen ist.

Diese Auslegung ist sowohl für den Käufer als auch für den Verkäufer ein Schutz gegen eine willkürliche Auffassung des Kontrahenten. Der Käufer kann, wenn er die dem Verkäufer zur Lieferung freigestellte Spanne von 15 000 bis 17 500 kg vermeiden will, ein bestimmtes Quantum kaufen. Die genaue Festsetzung der Menge, wie „ein Waggon enthaltend 15 000 kg", schützt ihn vor Mehr- oder Minderlieferung. Ist es für ihn unwesentlich, ob 1000 oder 2000 kg mehr oder weniger geliefert werden, so gibt er durch die ungenaue Formulierung „Wagenladung" dem Verkäufer die Möglichkeit, seine Warenbestände einzuteilen. Dieser muß dann nicht einen kleinen Rest an seinem Lager liegen lassen, sondern er kann einen Stapel Schnittholz gleicher Qualität vollständig verladen oder so einteilen, daß als Rest ein verkäufliches Quantum bleibt.

---

[8] Staub Anm. 4 zu § 346.

[9] Düringer-Hachenburg a. a. O. Anm. 4 zu § 346.

Herrschen wesentliche Preisschwankungen am Markt, so hat die infolge Handelsgebrauch feststehende Auslegung des Begriffs „Wagenladung" eine erhöhte Bedeutung. Bei Preissteigerung kann der Lieferant nicht einfach einen Waggon mit 10 000 kg Tragfähigkeit beladen und sich auf den Standpunkt stellen, daß er seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Bei einem Preisfall könnte auf der anderen Seite der Abnehmer nachträglich erklären, er hätte beim Kauf eine Warenladung von nur 10 000 kg gemeint. In allen diesen Fällen sorgt die Heranziehung des Handelsgebrauchs zur Auslegung des Begriffs „Wagenladung" für eine gerechte Entscheidung, denn die am Holzhandel Interessierten müssen die kodifizierten Gebräuche kennen, andernfalls besitzen sie nicht die nötige Qualifikation zur Ausübung ihres Gewerbes und müssen die Folgen tragen.

Kauft ein Holzhändler von einem Sägewerk „gute Latten", so ist es dem Sägewerksbesitzer nicht freigestellt, selbst zu bestimmen, was „gute Latten" sind. Der Käufer hat sich auf Grund des Handelsgebrauchs einen bestimmten Begriff von der Ware gemacht und gerade diese Art von Latten für seine Zwecke geeignet gefunden. Durch Handelsübung ist festgelegt, daß im allgemeinen scharfkantige 24/48 mm starke Ware geliefert werden muß. 20% der Ware kann Waldkante haben; diese darf aber nicht größer sein als die Hälfte der Stärke und nicht über 1 m lang sein. Der Gebrauch trägt den Interessen von Käufer und Verkäufer Rechnung. Ersterer erhält eine ihm passende Ware, letzterer braucht zu scharfen Qualitätsansprüchen des Käufers nicht Rechnung zu tragen. Es ist ihm die Möglichkeit gegeben, sein Rohmaterial einigermaßen auszunützen, denn er darf 20% minderwertigere Ware liefern. Dadurch kann er seine bei der Hauptproduktion anfallenden Abfälle besser verwerten. Auch hier gereicht die Heranziehung des Handelsgebrauchs als Hilfsmittel zur Auslegung unklarer Vertragsbestimmungen beiden Teilen zum Vorteil. Benötigt der Käufer übernormale Qualität, so kann er diesem Wunsch beim Vertragsabschluß Ausdruck geben; er wird beim Lieferanten keinen Widerstand finden, wenn er den entsprechenden Preis bezahlt.

„Wird beim Abschluß Lieferung trockener Ware bedungen, so ist darunter nur Schnittware zu verstehen, die nach Aufstapelung einen solchen Grad von Trockenheit erreicht hat, daß sie bei geeignetem Wetter, ohne Schaden zu nehmen, versandt und zusammengesetzt werden kann[10].

Mit diesem Gebrauch wird dem Verkäufer — d. h. im allgemeinen dem Sägewerk — ein Teil des Risikos und der Kosten der Trocknung abgenommen, denn meist reichen seine technischen Anlagen und seine finanziellen Hilfsmittel nicht aus, um eine

[10] § 16 der Gebr. i. swd. Hhv.

vollständige Trocknung durchzuführen, und der Konsument hat in der Regel die Anlagen, die notwendig sind, um die Ware, die er benötigt, sachgemäß unterbringen zu können und zu trocknen. Auf dem Weg kann die Ware keine Not leiden, denn der Versand darf vom Werk erst vorgenommen werden, wenn keine Qualitätsminderung mehr zu befürchten ist. Mit diesem Gebrauch ist eine gerechte Teilung der Trocknungskosten zwischen Werk und Verarbeiter gefunden. Der Produzent muß die Ware so trocknen, daß beim Versand keine Qualitätsbeeinträchtigungen eintreten können, während der Verarbeiter bzw. der Händler für die Trocknung bis zur Verarbeitungsfähigkeit sorgen muß. Es zeigt sich wieder, welche tiefen wirtschaftlichen Gedanken in den Handelsbräuchen zum Ausdruck kommen.

Es ist schon darauf hingewiesen, daß in den Verträgen zwischen Kaufleuten immer wieder gewisse Klauseln gebraucht werden, die nach Handelsbrauch einen festen Sinn haben. Eine Erörterung der großen Zahl von derartigen Klauseln, die im südwestdeutschen Handelsverkehr benutzt werden, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Lediglich einige sollen besprochen werden, deren Auslegung in den „Gebräuchen für den südwestdeutschen Holzhandelsverkehr" festgelegt ist.

Die Zusätze „zirka", „etwa", „ungefähr" und „rund" vor einer bestimmten Menge bedeuten, daß der Verkäufer berechtigt ist, 5% mehr oder weniger als die verkaufte Menge zum vereinbarten Preise zu liefern[11].

Unter „mit etwas" werden bis zu 10% verstanden, z. B. werden 4 m lange Bretter mit etwas Verschnittlängen verkauft, so dürfen die Verschnittlängen 10% der Gesamtlieferung betragen[12].

Ist eine Menge nicht bestimmt ausgedrückt, sondern ist sie „von . . . bis" umschrieben, so ist der Verkäufer nur zur Lieferung der Mindestmenge verpflichtet, er hat aber das Recht, auch die vorgesehene Höchstmenge zu liefern[13].

Zum großen Teil sind diese unbestimmten Mengenangaben und ihre Auslegungsregeln eine Folge davon, daß Holz sehr schwer zu messen und noch schwerer zu schätzen ist. Kauft z. B. ein Händler einen Stapel Holz, und erklärt der Verkäufer, daß der Stapel eine bestimmte Zahl von Kubikmetern enthält, so kann sich der Verkäufer nicht genau auf die angegebene Menge festlegen, denn er hat nur geschätzt. Der Käufer muß aber ungefähr wissen, welche Mengen er gekauft hat. Es liegt daher im beiderseitigen Interesse, daß zu der geschätzten Zahl der Kubikmeter einer der obigen Ausdrücke hinzugesetzt wird, damit ein Spielraum innerhalb der vereinbarten Menge in dem geschilderten

---

[11] § 4 der Gebr. i. swd. Hhv.
[12] Ebenda.
[13] § 4 ebenda.

engen Rahmen vorhanden ist. Dadurch werden die beiderseitigen Interessen nicht verletzt, denn der Käufer wußte auf Grund seiner Kenntnisse von den Handelsgebräuchen vorher, welche Abweichungen eventuell eintreten, und konnte entsprechend disponieren, und der Verkäufer konnte seinen Stapel vollständig verladen, ohne einen schwer verkaufbaren Rest sitzen lassen zu müssen. Ist dem Käufer eine Disposition in diesem Rahmen nicht möglich, so liegt es bei ihm, die Wirksamkeit des Handelsgebrauchs ausdrücklich auszuschalten.

§ 16. Handelsgebräuche ergänzen Willenserklärungen.

§ 157 BGB. bildet nicht nur die Grundlage für die Auslegung von Willenserklärungen, sondern auch für deren Ergänzungen[14]. Es kommt sehr oft vor, daß abgegebene Willenserklärungen, die auf einen bestimmten rechtlichen Effekt abzielen, so lückenhaft sind, daß der gewünschte Erfolg nicht ohne weiteres erreicht werden kann. Hier tritt die ergänzende Wirkung des § 157 BGB. ein. Es muß dann festgestellt werden, was die Parteien vermutlich vereinbart hätten, wenn sie zu einer solchen Vereinbarung geschritten wären[15]. Diese Feststellung muß so geschehen, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. In Handelssachen müssen also die Handelsgebräuche erforscht werden. Sie bieten die Grundlage für die Ergänzung.

Die Ergänzung darf aber nicht zu einer Umänderung oder Erweiterung des Vertrags führen. Sie darf einer Partei nicht auferlegen, was sie sicherlich nicht gewollt hat, und darf mit dem ausdrücklich Verabredeten nicht in Widerspruch stehen[16]. Derartige Ergänzungen würden gegen Treu und Glauben verstoßen und damit gegen die Bestimmungen der oben öfters angezogenen Paragraphen[17].

Wenn bei einem Rundholzkauf keine Vereinbarung über die Art der Vermessung getroffen ist, so ergänzen die Handelsgebräuche die fehlenden Vertragsteile, d. h. sie geben die Richtlinien, wie die Maßberechnung vorgenommen werden soll.

Die Vermessung erfolgt ohne Rinde durch Feststellung des Mitteldurchmessers auf der breiten und der schmalen Seite des Stammes. Das arithmetische Mittel dieser Masse stellt den Durchmesser dar. Es werden nur ganze Zentimeter gemessen; Bruchteile werden außer Acht gelassen. Bei der Durchschnittsberechnung wird nach unten abgerundet. Die Längenmessung erfolgt von 10 zu 10 cm. Ueber Aeste oder sonstige Verdickungen wird

---

[14] Düringer-Hachenburg a. a. O. Anm. 5 zu § 346.

[15] Oertmann a. a. O. § 157 Anm. 1.

[16] RG. in JW. 1921, 1077; RG. 92, 418 und 318, 87.

[17] Vgl. die Ausführungen über die einschränkende Wirkung von Treu und Glauben weiter unten.

nicht gemessen, sondern an der zunächst schwächeren Stelle dem Stockende zu[18].

Hier haben wir ein typisches Beispiel, wie der Handelsgebrauch Produzenten- und Konsumenteninteressen angleicht. Er hat die Maßvorschriften der südwestdeutschen Forstverwaltung übernommen und gibt dem Rundholzhändler die Möglichkeit, sein Holz ohne irgendwelche Maßverluste weiterzuverkaufen. Der Käufer — in diesem Falle der Sägewerksbesitzer — kann sein Rohmaterial weitgehend ausnutzen. Durch die Entrindung des Holzes entsteht ihm kein Verlust, denn es wird ohne Rinde gemessen. Die Halbfabrikate werden im Zwischenhandel, genau wie das Rohmaterial, von 10 zu 10 cm in der Länge und in der Breite in ganzen Zentimetern gemessen. Die Uebung, daß über vorstehende Aeste nicht Maß genommen werden darf, schließt eine weitere Verlustquelle aus.

Muß bei einem Abschluß über durchschnittene Klötze der Handelsgebrauch zur Vertragsergänzung herangezogen werden, so zeigt sich ebenfalls, wie wirtschaftliches Denken der Ursprung der Gebräuche ist. In diesem Falle bezeichnen sie als handelsüblich, daß

1. die Längen von 4 m aufwärts gehen;
2. die Längen von 10 zu 10 cm gemessen werden;
3. 10% von 3 bis 4 m Länge mitgenommen werden müssen;
4. der Mindestdurchmesser von geschnittenen Klötzen unter 30 mm Stärke 30 cm betragen muß;
5. der Mindestdurchmesser für Klötze von 30 mm und mehr 35 cm betragen muß;
6. die Breitenvermessung der Dielen unter 40 mm in der Mitte auf der schmalen Seite vorgenommen wird;
7. bei Stärken von 40 mm und mehr die Bohlen vermittelt gemessen werden, d. h. entweder wird die Hälfte der Waldkante mit gemessen oder die Hälfte des Stammes wird schmalseitig und die andere Hälfte breitseitig gemessen;
8. Bruchteile von Zentimetern nicht gemessen und berechnet werden;
9. Vermessung mit Bandmaß nicht zulässig ist und
10. in der Stärke bei lufttrockenem Zustand 5% Mindermaß geduldet wird[19].

Diese Maßvorschriften entsprechen wieder denen der Forstverwaltungen. Bis zum Verbraucher braucht kein Materialverlust zu entstehen. Die Mindestlängen von 4 m geben diesem ausreichende Einteilungsmöglichkeit, so daß auch er seine Bretter und Bohlen ausnützen kann. Daß 10% von 3 bis 4 m Länge mitgenom-

[18] § 25 der Gebr. i. swd. Hhv.
[19] § 61 der Gebr. i. swd. Hhv.

men werden müssen, schadet ihm nicht, denn für diese kleine Menge wird er immer Verwendung haben. Ist das nicht der Fall, so kann er sich beim Einkauf die ihm zusagenden Längen ausbedingen. Das Sägewerk kann aber die beim Bauholzeinschnitt zufällig anfallenden kürzeren Stammenden verwenden. Der vorgesehene Mindestdurchmesser von 30 bzw. 35 cm läßt ebenfalls weitgehende Ausnützung zu, und das Sägewerk ist nicht verpflichtet, dünnere Klötze im Wald abzunehmen, so daß auch es gedeckt ist. Die verschiedene Art der Stärkenvermessung nimmt auf die beiderseitigen Interessen Rücksicht und bildet eine gerechte Regelung, denn sie gleicht Spitzenbreiten aus. Da erfahrungsgemäß die Vermessung mittels Bandmaß eine Fehlerquelle ist, ist diese Vermessungsart ausgeschlossen. Der durch die Trocknung entstehende Verlust wird durch den unter 10 genannten Gebrauch etwa zur Hälfte auf den Käufer abgewälzt. Vom Werk werden die Bohlen ungefähr 5% stärker eingeschnitten, als sie zu liefern sind. Die Schrumpfung beträgt im allgemeinen 10%, so daß durch die 5%ige Toleranz des Käufers ein Ausgleich auf der mittleren Linie gefunden ist.

Die Ergänzung darf nicht zu einer Umänderung oder Erweiterung des Vertrags führen, einer Partei nicht auferlegen, was sie sicherlich nicht gewollt hat, und darf mit dem ausdrücklichen Verabredeten nicht in Widerspruch stehen[20].

Bei einem Abschluß über Ia-Klötze wäre das Bestehen des Käufers auf Lieferung von astreinen Bohlen über den Vertrag hinausgehend und deshalb abzulehnen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß Bäume nicht ohne Aeste wachsen, hat sich über die beste (Ia.) Qualität folgende Verkehrsanschauung gebildet[21]:

1. Die einzelnen Bohlen des Klotzes müssen sauber sein;
2. sie müssen gerade gewachsen sein;
3. einige nicht große Aeste müssen geduldet werden;
4. auch nur einseitig saubere Klötze, die auf der anderen Seite einige Aeste haben, müssen toleriert werden;
5. ebenso werden Trocken- und Windrisse und mäßig rote Stellen geduldet;
6. in einzelnen Dielen vorkommende schräge Risse, ringschälige, wurmige, kleinere rotfaule Stellen oder sonstige Fehler sind durch Maßnachlaß zu entschädigen;
7. sämtliche Dielen müssen mitgenommen werden, auch die Seitendielen, wenn sie auf der ganzen Länge von der Säge gestreift und 10 cm breit sind. Sie dürfen auch schwächer geschnitten sein als die anderen Dielen;

---

[20] JW. 1921 1077, RG. 92, 418 und 318; 87, 211.

[21] § 60 der Gebr. i. swd. Hhv.

8. bis zu 10% IIa Klötze, die in ihrem Aussehen mehr Ia ähneln, müssen mitgenommen werden mit 15% Preisnachlaß.

Der Produzent muß im Walde die Stämme übernehmen, ohne feststellen zu können, ob sie äußerlich nicht sichtbare, die Qualität beeinträchtigende Aeste oder sonstige Fehler haben. Es wäre daher unbillig, von ihm zu verlangen, daß er nur astfreie Klötze liefern muß. Die hier zitierten Handelsübungen geben ihm die Möglichkeit, auch seine nicht ganz einwandfreie Ware anzubringen und damit sein Qualitätsrisiko zu verringern. Der Verarbeiter dieses Holzes kann bei geschickter Einteilung die kleineren Fehler ausmerzen oder verdecken, so daß auch er nicht wesentlich beeinträchtigt ist. In unzähligen Fällen haben gerade bei Qualitätsstreitigkeiten die Handelsgebräuche eine ausgleichende Rolle gespielt. Dem Käufer, der ganz einwandfreie Ware benötigt, wird kein Werk verwehren, diese aus den Vorräten herauszusuchen gegen einen entsprechenden Preisaufschlag.

§ 17. Handelsgebräuche enthalten Erfüllungsmodalitäten.

„Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern," führt § 242 BGB. aus.

Es handelt sich hier um die Erfüllung von Schuldverhältnissen. Für sie ist die Verkehrssitte des Erfüllungsortes maßgebend[22]. Wo das Gesetz oder die Parteivereinbarung die Art der Erfüllung nicht regeln, greift die Verkehrssitte ein. Maßgebend ist dabei die Verkehrssitte des Erfüllungsortes. Für Kaufleute sind das die Handelsgebräuche des Erfüllungsortes.

Oft ist mit der Anwendung des § 157 BGB. bei der Auslegung der Willenserklärungen auch die Art der Leistung geklärt; das muß aber nicht sein. § 242 setzt ein Schuldverhältnis voraus und bezieht sich auf die Rechtsfolge, während § 157 das Bestehen und die Tragweite eines Vertrages bestimmt. Hier entscheiden mangels gesetzlicher Vorschrift und Parteivereinbarung für Kaufleute die Handelsgebräuche, ob der Schuldner richtig erfüllt hat, eventuell wie er zu erfüllen hat, ob ihm die Leistung zuzumuten ist. Der genannte Paragraph bezieht sich auch auf schuldrechtliche Ansprüche, die aus dinglichen Rechtsverhältnissen hervorgegangen sind. Ueber die dinglichen Ansprüche selbst hat er keine Macht. Für sie sind die besonderen Vorschriften des BGB. maßgebend.

Wie sehr Handelsgebräuche Einfluß auf die Erfüllung von Schuldverhältnissen haben können, zeigen die öfters angezogenen Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr. Erfüllungs-

[22] ROHG. 13, 370.

ort für die Lieferung der Ware ist der Lagerort der Ware, für Zahlung und Gerichtsstand der Ort der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers. Trotz der scheinbar nicht außer Kraft gesetzten dispositiven Vorschriften der ZPO. über den Gerichtsstand ist auf Grund dieser Verkehrssitte der Ort der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers Gerichtsstand, und Erfüllungsort nicht der Art der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers, wie es das BGB. vorschreibt, sondern der Lagerort der Ware.

Auf den ersten Blick erscheinen diese Gebräuche als Bevorzugung des Lieferanten. Bei näherer Prüfung der Verhältnisse in der Holzwirtschaft ändert sich dieses Bild teilweise. Lagerort und Ort der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers sind zumeist nicht dieselben. Dem Käufer kann es gleichgültig sein, wo erfüllt wird, zumal er vorher die Frachtparität zu vereinbaren pflegt. Weder durch diese noch durch die weitere Uebung, daß der Ort der gewerblichen Niederlassung Erfüllungsort für die Zahlung ist, entsteht ihm ein Schaden. Porto und Diskontsatz sind in Deutschland einheitlich, so daß der Ort der Zahlungsverpflichtung keinen Einfluß auf die Höhe der durch die Zahlung entstehenden Kosten hat. Der Gebrauch über den Gerichtsstand bedeutet unverkennbar eine Benachteiligung des Käufers. Sie läßt sich dadurch erklären, daß die größeren Holzfirmen meist ihre Verwaltung an solchen Plätzen haben, an denen Zivilkammern mit Sachverständigen für Holzfragen bestehen. Für den Käufer ist es besser, daß er seine Streitigkeiten von Richtern beurteilen läßt, die sich in der Materie auskennen, als daß er an einem kleinen Gericht sehr lange auf den Ausgang seines Prozesses warten muß, denn erfahrungsgemäß verzögert das wiederholte Anhören von Sachverständigen das Urteil in anhängigen Prozessen wesentlich. Für solche Käufer, für deren Wohnsitz der Nachteil der nichtsachverständigen Richter wegfällt, ist dieser einseitige Handelsgebrauch über den Gerichtsstand ein Nachteil. Für sie ist es notwendig, sich durch vorherige Vereinbarungen zu schützen.

Welch tiefer wirtschaftlicher Sinn in Handelsgebräuchen liegt, zeigt die Uebung über das Verfahren bei Beanstandungen, die besagt[23]: „Der Käufer verpflichtet sich, die Lieferung in jedem Falle in Empfang zu nehmen, auch bei überschrittener Lieferzeit, sofern eine Absage nicht vor dem Versand beim Verkäufer eingetroffen ist.

Bei einer Qualitätsbeanstandung muß die ganze beanstandete Gattung (Sorte) der Lieferung bis zur gutachtlichen Besichtigung ungeteilt bleiben; z. B., wenn Latten und Bretter zusammengeladen sind und es ergeben nur die Latten Grund zu einer Beschwerde, so können die Bretter verwendet werden, oder, wenn gute Dielen und Kistenbretter zusammengeladen sind und eine

[23] § 9 der Gebr. i. swd. Hhv.

dieser beiden Sorten gibt zu einer Beanstandung Anlaß, so kann die andere Sorte ohne weiteres verwendet werden; Lieferung von Bauholz nach Liste werden von der Vorschrift, ungeteilt zu bleiben, nicht betroffen.

Ueber beanstandete Ware darf vor Einigung nicht verfügt werden."

Absatz 1 sorgt dafür, daß keine unnötigen Kosten entstehen. Der Käufer wird darin verpflichtet, alle Sendungen in Empfang zu nehmen, sofern keine Absage vor dem Versand bei dem Verkäufer eingetroffen ist. Er begibt sich damit keiner Rechte; etwaige Auslagen müssen ihm erstattet werden, wenn seine Beanstandungen berechtigt sind. Kosten für Lagerung bei der Eisenbahn oder einem Spediteur und Rückfrachten werden vermieden. Trotz der Annahme der Sendung muß der Verkäufer etwaige Fehler verantworten.

Auf der anderen Seite hat der Verkäufer durch die Uebung, daß eine zusammengehörige Lieferung vorläufig zusammenbleiben muß, die Gewähr, daß bei einer nachträglichen Besichtigung ein Eindruck von seiner Gesamtlieferung gewonnen werden kann. Wenn nur die beanstandeten Stücke liegen blieben, so könnte sich leicht ein falsches Bild ergeben, denn es wäre schwer, sich ein Bild zu machen von der Gesamtlieferung, wenn nur die schlechte Ware noch vorhanden ist. Wie schon mehrfach erwähnt ist, gestatten Handelsgebräuche zuweilen Abweichungen von vereinbarten Qualitäten oder bestimmen gar die Qualität, wenn eine solche nicht vereinbart ist. Im Hinblick darauf ist es für den Verkäufer notwendig, daß die Lieferung zusammenbleibt, denn nur dann kann festgestellt werden, daß Abweichungen über das von Handelsgebräuchen zugelassene Maß hinausgehen. Auch für den Käufer ist diese Bestimmung ein Vorteil, denn an Hand der Gesamtlieferung ist es ihm leichter, berechtigte Reklamationen anzubringen. Er kann auf diese Art leichter seine Beanstandungen begründen. Daß andere Sortimente, die sich bei derselben Lieferung befanden, verbraucht werden dürfen, ist selbstverständlich, denn sie sind zur Beurteilung der beanstandeten Ware nicht notwendig.

Von dieser Regelung ist Bauholz ausgenommen. Diese Ausnahme erklärt sich aus den Uebungen, die sich über die Qualität der verschiedenen Schnitthölzer gebildet haben. Während im allgemeinen Qualitätsübungen eine Gesamtlieferung betreffen, beziehen sich die Gebräuche über die Qualität des Bauholzes auf das einzelne Stück. Deshalb brauchen zur Begutachtung nur die beanstandeten Stücke liegen zu bleiben.

Daß über beanstandete Ware nicht vor Einigung verfügt werden darf, deckt sich mit den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften.

§ 18. Handelsgebräuche entscheiden über die rechtliche Bedeutung des Verhaltens von Kaufleuten.

Außer bei der Auslegung und Ergänzung von Willenserklärungen berücksichtigt § 246 HGB. auch die Handelsgebräuche bei der Würdigung anderer Tatbestände. Sie entscheiden zuweilen, ob ein Verhalten einer Person eine rechtliche Bedeutung hat, eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist[24]. Wenn sich ein Kaufmann so verhält, daß nach Handelssitte ein bestimmter Wille zum Ausdruck gebracht erscheint, muß er sich gefallen lassen, daß dieser gegen ihn geltend gemacht wird.

So kann im Viehhandel Handschlag ohne irgend eine Erklärung Annahme einer Offerte bedeuten. Maßgebend für die Beurteilung dieser Frage ist der Verkehrsgebrauch.

Die entscheidende Bedeutung des Handelsgebrauchs zeigt sich deutlich bei der Beurteilung des Schweigens eines Kaufmanns auf ihm gemachte Anträge. Es gibt zwar keinen Handelsgebrauch, der besagt, daß Stillschweigen auf einen gemachten Antrag als Genehmigung aufzufassen ist[25]. Wenn aber Treu und Glauben nach Handelssitte verlangen, daß eine Ablehnung ausgesprochen wird, und wenn diese Ablehnung unterbleibt, dann ist Schweigen als Zustimmung aufzufassen[26]. So hat das Reichsgericht entschieden, daß das Schweigen des Anbietenden auf eine verspätete Annahme, die nach § 150 BGB. als neuer Antrag gilt, als Zustimmung aufzufassen ist[27]. Wenn ein Kaufmann einem anderen nach vorheriger mündlicher Besprechung ein Bestätigungsschreiben schickt, um das Verabredete schriftlich festzulegen, und der Empfänger hierauf nicht antwortet, so hat das Schweigen hier als Zustimmung zu gelten, selbst wenn der Inhalt von der Verabredung abweicht oder Zusätze gemacht sind[28], denn der Kaufmann muß sich so verhalten, wie es die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, hier Handelssitte, erfordern. Er ist darnach verpflichtet, die bei ihm eingehenden Bestätigungsschreiben sorgfältig durchzulesen und umgehend dem Partner das mitzuteilen, was er nicht billigt. Unterläßt er diese Mitteilung, so muß er den Inhalt des Bestätigungsschreibens gegen sich gelten lassen.

Voraussetzung dafür ist, daß der Bestätigende mit dem Bestätigungsschreiben nicht die Absicht verfolgt, den Kontrahenten irrezuführen. Im allgemeinen werden Bestätigungsschreiben in der Absicht übersandt, ein Beweismittel für den abgeschlossenen Vertrag zu schaffen[29]. Oft aber enthalten diese Schreiben auch

[24] Vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 6 zu § 346.
[25] Staub Anm. 16 zu § 346.
[26] RG. 95, 50; 103, 405.
[27] RG 10, 13.
[28] RG. 54, 181; 88, 380.
[29] RG. in JW. 26, 2532.

Bestimmungen, die nicht vereinbart sind. In der Regel entspringt die Aufnahme nicht vereinbarter Bestimmungen im Bestätigungsschreiben folgenden Motiven:

1. Der Absender glaubt, das bestätigt zu haben, was er in mündlicher, schriftlicher, telefonischer oder telegrafischer Verhandlung vereinbart hat[30]. In Wirklichkeit bestehen aber Abweichungen.
2. Der Absender glaubt, daß er dem in den wesentlichen Punkten schon zustande gekommenen Vertrag nur noch solche Abmachungen hinzugefügt hat, die nach Handelsgebrauch durch Bestätigungsschreiben geregelt werden (Zahlungszeit, Gerichtsstand usw.), oder
3. daß der Absender, wenn trotz vorheriger Verhandlungen keine Einigung erzielt worden ist, sein Bestätigungsschreiben als endgültigen Antrag auffaßt[31].

In allen diesen Fällen hat der Empfänger die Pflicht, den Inhalt der Schreiben zu prüfen und dem Kontrahenten mitzuteilen, was er nicht anerkennt. Das erfordert, wenn auch teilweise keine Handelsgebräuche bestehen, die Sorgfalt, die der Kaufmann im Geschäftsverkehr walten lassen muß. In vielen Fällen aber besagen die Handelsgebräuche, wann Schweigen als Zustimmung aufzufassen ist.

Gegen sich kreuzende Bestätigungsschreiben, die nicht übereinstimmen, müssen beide Parteien Widerspruch erheben. Die nicht widersprechende Partei läßt den Inhalt gegen sich gelten[32]. Der Widerspruch beider Parteien ist in diesen Fällen notwendig, denn sonst könnte jede Partei vorbringen, daß der Kontrahent verpflichtet war, zu widersprechen, und daß durch die Unterlassung des Widerspruchs Zustimmung erfolgt ist.

Wer dem Partner erklärt, daß er eine schriftliche Bestätigung erwartet, kann Schweigen nicht als Zustimmung auffassen[33].

Die Widerspruchsfrist richtet sich ebenfalls nach Treu und Glauben und nach dem Handelsgebrauch. Handelt es sich um Waren mit schwankendem Preis, so ist ein kürzerer Zeitraum in Anspruch zu nehmen, als bei solchen mit festem Preis. Ein Großkaufmann muß schneller widersprechen als ein Handwerker[34], denn er hat auf Grund seiner Eigenschaft als Kaufmann größere Sorgfalt zu zeigen.

War kein Preis vereinbart, so wirkt die vorbehaltlose Annahme der Rechnung als Genehmigung des Preises[35], denn der Käufer hätte widersprechen müssen, wenn ihm der berechnete

---

[30] RG. 129, 374.
[31] Becker in Recht und Handel, 1927, S. 1 ff.
[32] RG. Warn. 19 Nr. 5, S. 10.
[33] RG. 103, 95.
[34] RG. 105, 388.
[35] ROHG. 1, 85; 16, 41.

Preis nicht zusagte. Der Verkäufer konnte sein Schweigen als Zustimmung auffassen.

Das Stillschweigen eines Vertragsschließenden in der Absicht, über seinen wahren Willen zu täuschen oder den anderen Teil zu einer dem Schweigenden vorteilhaften Untätigkeit zu verleiten, muß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben regelmäßig gegen den Schweigenden ausgelegt werden[36], denn Treu und Glauben unterstützen keinen Täuschungsversuch.

In allen Fällen, in denen Treu und Glauben nach der Handelssitte verlangen, daß eine Ablehnung ausgesprochen wird, gilt Schweigen nicht als Zustimmung. Vor allem kann im Schweigen auf eine vertragswidrige Zumutung keine Zustimmung gesehen werden[37]. Es muß sich hier um eine Zumutung handeln, die im gegebenen Falle von solcher Bedeutung ist, daß der sie Stellende ohne die ausdrückliche Erklärung der anderen Seite nicht mit deren Zustimmung rechnen kann[38]. So ist Schweigen auf ein Stundungsgesuch keine Zustimmung[39], ebenfalls Schweigen auf die Aufnahme einer neuen Vertragsbedingung auf der Rechnung.

Es wird oft der Versuch gemacht, durch eine auf der Faktura vorgedruckte Klausel einen für den Aussteller günstigen Gerichtsstand festzusetzen. Diese Methode lehnt das Reichsgericht mit Recht in ständiger Rechtsprechung ab[40], denn es kann dem Käufer nicht zugemutet werden, daß er, nachdem ein Vertrag zustande gekommen ist, die Rechnung daraufhin untersucht, ob nicht Klauseln auf sie aufgedruckt sind, die Vertragsbestandteile ändern oder aber, wenn gar keine Bestimmung getroffen ist, dispositive Gesetzesnormen zu seinen Ungunsten ausschalten.

Ebenso verhält es sich mit Kommissionskopien. Der Käufer ist berechtigt anzunehmen, daß die auf der Kopie gedruckten Bedingungen nur die Verabredungen enthalten, die er mit dem Verkäufer getroffen hat, wenn ihm dieser diese Versicherung gibt. Kein Handelsgebrauch zwingt ihn, unerörterte Bedingungen, die die Kopie enthält, anzuerkennen. Sein Schweigen ist nicht als Zustimmung aufzufassen[41], denn er ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Handelssitte berechtigt, anzunehmen, daß die Kopie nur die besprochenen Bedingungen enthält.

Auch zur Verwirkung von Rechten kann das Schweigen führen. Wer ein ihm zustehendes Recht nicht rechtzeitig geltend macht, kann so gegen einen Handelsgebrauch verstoßen, daß der

---

[36] Düringer-Hachenburg, Anm. 13b zu § 346.

[37] RG. in JW. 98, 482.

[38] Urteil des 2. Zivil-Senats des Reichsgerichts, Nr. II 48/1926 angeführt von Simonson im Zentralblatt für Handelsrecht in Februar 1927 II. Jahrgang Nr. 2), S. 41 ff.

[39] RG. Warn. 16 Nr. 10.

[40] RG 52, 133; 65, 330.

[41] RG. JW. 01, 621.

Gegner zu der Annahme berechtigt ist, daß auf die Geltendmachung dieses Rechtes verzichtet wird. So hat im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr die Mängelrüge innerhalb 8 Tagen nach Empfang der Ware zu erfolgen. Laut Handelsübung ist ergebnisloser Verlauf dieser Frist als Verzicht auf alle die Rechte aufzufassen, die die Folge einer Mängelrüge sein können[42].

Durch Anschlagen mit dem Hammer gilt das Holz hinsichtlich Beschaffenheit, Menge und Abmessungen als übernommen[43].

Eine nicht zu verkennende Verkehrssicherheit wird durch diese Uebung in den Holzhandelsverkehr gebracht. Der Käufer weiß genau, welche Stücke er übernommen hat, denn sein Zeichen ist durch das Anschlagen mit dem Hammer in das Holz eingedrückt, und der Verkäufer erkennt leicht, was er zu verladen hat. Diese Uebersicht wäre auf andere Art nur sehr erschwert worden, denn das oft große Gewicht der übernommenen Ware läßt eine Aussonderung, wie sie sonst bei Uebernahmen vorgenommen wird, nicht zu.

Trotz gegenteiligen Willens kann im Handelsverkehr Schweigen als der Ausdruck eines bestimmten rechtlichen Willens aufgefaßt werden, wenn die für dieses Schweigen maßgebliche Verkehrssitte es so deutet[44].

Ein Kaufvertrag auf Abruf ohne Terminbestimmung erlischt nach 6 Monaten, wenn weder vom Käufer noch vom Verkäufer eine Erklärung abgegeben ist[45]. Hier entscheidet der Verkehrsgebrauch über das Erlöschen eines Vertrages, ohne daß die Parteien darüber eine Bestimmung getroffen haben.

Wenn einer der Kontrahenten sich Vorteile von der Erfüllung eines solchen Vertrages erhofft, wird er entweder auf Abnahme oder Lieferung dringen, bevor die Abmachung dem Handelsgebrauch zufolge erlischt. Kommt jedoch niemand mehr auf das Geschäft zurück, so ist wohl mit Recht anzunehmen, daß das Interesse an ihm auf beiden Seiten verloren gegangen ist. Der Handelsgebrauch befreit dann mühelos von dieser für beide Kontrahenten unangenehm gewordenen Verpflichtung.

Anspruch auf Wandlung oder Minderung erlischt innerhalb 8 Tagen in allen Fällen, wenn bis dahin nicht Mängelrüge vorgenommen ist. Die weitergehenden dispositiven Gesetzesbestimmungen des BGB. stehen in ihrer Wirkung der Verkehrssitte nach[46].

Achttägiges Schweigen gilt als Zustimmung. Es sagt dem Lieferanten, daß der Abnehmer die übersandte Ware angenommen und als vertragsgemäß empfunden hat. Der Kaufvertrag ist somit

[42] § 10 der Gebr. i. swd. Hhv.
[43] § 15 der Gebr. i. swd. Hhv.
[44] Düringer-Hachenburg, Anm. 6 zu § 346.
[45] § 11 der Gebr. i. swd. Hhv.
[46] Abs. 2 des § 10 der Gebr. i. swd. Hhv.

von Seiten des Verkäufers erfüllt; spätere Reklamationen braucht er nicht mehr anzunehmen.

Bildet dieser Gebrauch nicht eine unbillige Härte für den Empfänger der Ware? Wer die Verhältnisse im Holzhandel kennt, verneint diese Frage. Die Qualität und die Masse einer Ladung werden beim Ausladen aus dem Waggon geprüft, denn dadurch wird die Arbeit eines nochmaligen Umsetzens und damit Arbeitslöhne gespart. Es bleiben dann immer noch 5 bis 6 Tage, um die Mängelrüge bei dem Lieferanten anzubringen. Dieser Zeitraum reicht bei einem geordneten Geschäftsbetrieb aus.

Einen weiteren Grund für das Entstehen dieser Uebung bildet die Empfindlichkeit einiger Holzarten. Hätte der Käufer Gelegenheit, mit der Mängelrüge 14 Tage zu warten und würde er während dieser Zeit das Holz nicht sachgemäß lagern und stapeln, so könnten Mängel entstehen, die vorher nicht vorhanden waren und für die der Käufer verantwortlich ist. Sie würden aber dem Verkäufer zur Verantwortung zugeschoben werden. Es zeigt sich auch hier, daß der Handelsgebrauch die Bedürfnisse aller Beteiligten berücksichtigt.

§ 19. Handelsgebräuche werden Vertragsbestandteile.

Mit dieser Feststellung soll nicht in die Fehler der Willens- oder Unterwerfungstheorie zurückgefallen werden, die den Handelsgebrauch nur gegen den wirken lassen will, der sich ihm ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen hat. Für die Anhänger dieser Theorie müssen Handelsgebräuche zu ihrer Wirksamkeit Vertragsbestandteile werden. Trotz unserer Ablehnung dieser Ansicht müssen wir hier feststellen, daß in bestimmten Fällen Handelsgebräuche doch Vertragsinhalt werden können und zwar auf dem Umweg über die allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Es kommt oft vor, daß einzelne Kaufleute oder Firmen oder wirtschaftliche Verbände die Bedingungen, unter denen sie ihre Geschäfte abschließen wollen, zu allgemeinen Geschäftsbedingungen zusammenfassen und diese dann zu Teilen ihrer Verträge werden lassen. Nicht selten enthalten diese allgemeinen Geschäftsbedingungen Handelsgebräuche, die dann auch Vertragsinhalt werden. Die Wege, wie diese allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit die darin enthaltenen Handelsgebräuche Vertragsbestandteile werden, sind verschieden. Es erscheint deshalb notwendig, das Problem aufzurollen, wie und wann allgemeine Geschäftsbedingungen Vertragsinhalt werden, damit Klarheit darüber geschaffen wird, wie die darin enthaltenen Handelsgebräuche Vertragsinhalt werden, ohne daß es notwendig wird, daß wir von dem Inhalt der Erklärungstheorie, der wir uns angeschlossen haben, abgehen. Für uns haben Handelsgebräuche nach dieser Theorie Wirksamkeit ohne Vereinbarungen. Geschäftsbedingungen müssen jedoch grundsätzlich — wenn auch

zuweilen stillschweigend — vereinbart werden, um zu gelten[47]. Hier zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen allgemeinen Geschäftsbedingungen und Handelsgebräuchen. Inhaltlich ähneln sie sich sehr. Ohne Kenntnis von dem Charakter eines Handelsgebrauchs kann man meist an seinem Inhalt nicht feststellen, ob er ein Handelsgebrauch oder eine allgemeine Geschäftsbedingung ist. Umgekehrt kann eine allgemeine Geschäftsbedingung tatsächlich Handelsgebrauch sein, oder sich allmählich zu einem solchen entwickeln. Es bedarf die Feststellung des Charakters immer einer Untersuchung, ob eine allgemeine Geschäftsbedingung oder ein Handelsgebrauch vorliegt. Diese Untersuchung ist am besten nach den Merkmalen vorzunehmen, die wir für die Handelsgebräuche herausgearbeitet haben[48]. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, so besteht die Wahrscheinlichkeit, daß eine allgemeine Geschäftsbedingung vorliegt.

Durch langandauernde tatsächliche Uebung können allgemeine Geschäftsbedingungen Handelsgebräuche werden, denn alle Handelsgebräuche waren einmal ursprünglich Geschäftsbedingungen. Aber nicht alle Geschäftsbedingungen werden Handelsgebräuche, denn sie sind oft die Folge größerer wirtschaftlicher Macht eines Kontrahenten und werden dann durch dauernde Widersprüche der Vertragspartner und öftere Ausschaltung keine tatsächliche Uebung.

Es läßt sich aus den bisherigen Ausführungen schon erkennen, daß allgemeine Geschäftsbedingungen Bedingungen sind, die Bestandteile wirtschaftlicher Verträge sind oder werden sollen. Es lassen sich zwei große Gruppen feststellen:

1. Geschäftsbedingungen, die kraft Veröffentlichung automatisch Vertragsbestandteile werden, und
2. Geschäftsbedingungen, die kraft Vereinbarung oder Unterwerfung Vertragsbestandteile werden.

Die Handelsgebräuche, die diese allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, werden auf den genannten Wegen Vertragsbestandteile, denn allgemeine Geschäftsbedingungen werden grundsätzlich als Ganzes Vertragsbestandteil, sofern einzelne nicht ausdrücklich ausgeschaltet werden. Im allgemeinen erfolgen aber keine Ausschaltungen, denn derjenige, der die Aufnahme seiner Geschäftsbedingungen in wirtschaftliche Verträge durchsetzt, ist der wirtschaftlich Stärkere und nutzt seine wirtschaftliche Macht so aus, daß der Kontrahent seine Geschäftsbedingungen als Ganzes annehmen muß[50].

---

[47] Vgl. Michel a. a. O. S. 67, Düringer-Hachenburg Anm. 16 zu § 346 und Neufeld-Schwarz a. a. O. S. 14.

[48] Vgl. weiter oben S. 7.

[50] Vgl. Michel a. a. O. S. 8.

An dieser Stelle erscheint es noch notwendig, einige Worte über den Charakter der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu sagen. Wir haben sie als Bedingungen dargestellt, die Teile wirtschaftlicher Verträge sind oder werden sollen. Rühl bezeichnet sie in einer Rede[49] als durch die Wirtschaft geschaffene Rechtsnormen[51]. Diese Ansicht, daß sich die Wirtschaft in weitem Maße autonom gemacht und für ihre Bedürfnisse eigene von den Normen unserer Gesetzgeber verschiedene Rechtssätze geformt habe, muß hier bekämpft werden. Nirgends ist der Wirtschaft Autonomie gegeben. Für den Mann der Wirtschaft gelten genau die staatlichen Rechtsnormen wie für alle anderen Mitglieder, die in unserer Rechtsverfassung vereinigt sind. Es besteht schon praktisch nicht die Möglichkeit zur Verleihung einer solchen Autonomie, denn die Wirtschaft ist nicht so organisiert, daß eine Zentralstelle vorhanden ist, die allgemeingültige Rechtsnormen erlassen könnte. Der von Rühl zur Beweisführung eingeschlagene Weg erscheint irrig. Er glaubt seine Ansicht damit begründen zu können, daß er auf die von den wirtschaftlichen Vereinen und Verbänden für ihre Mitglieder geschaffenen Musterverträge und auf die Bedeutung, die diese in der Wirtschaft erlangt haben, hinweist. Er übersieht aber, daß nur die Gesetzgebung allein die Möglichkeit für nachträgliche Vereinbarungen auch von Verbänden gibt und daß die Autonomie der wirtschaftlichen Vereine und Verbände — genau wie die anderen Vereine und Verbände — nur soweit geht, als sie die Rechtsverhältnisse zwischen Verein und Mitgliedern und den Mitgliedern unter sich regelt. Jedem Mitglied steht es frei, die Gültigkeit dieser Vereinssatzungen durch Austritt aus dem Verein für sich abzuwenden. Für Nichtmitglieder haben diese Satzungen nur Gültigkeit, wenn sie sich ihnen unterwerfen. Sie können also keine allgemein gültigen Rechtsnormen sein.

a) Handelsgebräuche werden grundsätzlich Vertragsbestandteile.

Gemeint sind mit dieser Feststellung alle jene Handelsgebräuche, die sich in den Geschäftsbedingungen großer Unternehmungen befinden, von denen man allgemein weiß, daß sie nur unter ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen kontrahieren. Zu diesen Unternehmungen gehören vor allen Dingen diejenigen, denen für ihren Unternehmungszweck ein staatliches Monopol verliehen ist, dann alle sonstigen öffentlichen Verkehrsunternehmungen, Großbanken und Versicherungsgesellschaften.

Für diese Unternehmungen genügt öffentliche Bekanntmachung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen, um sie immer

---

[49] Rede, gehalten bei der Jahresfeier der Handelshochschule Mannheim am 10. Juli 1931. In Buchform erschienen bei Bensheimer, Mannheim 1931.

[51] a. a. O. S. 19 ff.

dann zu Vertragsbestandteilen zu machen, wenn nicht ausdrücklich ein Ausschluß der allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart ist[52]. Hier muß der Kontrahent mit dem Bestehen von allgemeinen Geschäftsbedingungen rechnen, und es wird ihm ein Leichtes sein, sich diese zubeschaffen, wenn ihm die Veröffentlichung nicht bekannt geworden ist. Voraussetzung ist, daß die Veröffentlichung so vorgenommen wurde, daß sie den beteiligten Kreisen zugänglich war[53].

Der Kaufmann weiß z. B., daß Eisenbahnen allgemeine Geschäftsbedingungen haben. Meist kennt er sie aber nicht. Einige sind ihm vielleicht im Gedächtnis. Trotzdem ist die Benutzung der Eisenbahn, d. h. das Eingehen eines Vertrages mit ihr, mit vollem Recht so zu verstehen, daß er sie, in bewußtem oder unbewußtem Vertrauen auf Treu und Glauben im Verkehr, ausnahmslos gelten lassen will[54].

Der Bankkunde, der mit einer Großbank ein Geschäft abschließen will, weiß, daß die Bank nur unter ihren Geschäftsbedingungen kontrahiert und daß diese öffentlich bekannt gemacht sind. Kennt er sie nicht, so braucht er sie nur bei der Bank zu verlangen, sie werden ihm bereitwilligst ausgehändigt. Unterläßt er es, sich auf diese Weise Kenntnis von den allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verschaffen, so muß er sie auch ohne Kenntnis gegen sich gelten lassen[55], denn er hat in diesem Falle die im Verkehr übliche Sorgfalt nicht walten lassen und den Eindruck erweckt, daß er die veröffentlichten Bedingungen anerkennt. Er muß dafür die Folgen tragen.

Die juristische Konstruktion solcher Verträge, bei denen die veröffentlichten allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteile werden, ist nicht einfach. Da das Bürgerliche Gesetzbuch keinen direkten Anhalt dafür gibt, hat man auf Umwegen zu einem Ergebnis zu kommen gesucht. Man nahm eine stillschweigende Erweiterung des Vertrags um die allgemeinen Geschäftsbedingungen an[56]. Da aber der Nachweis dafür nicht zu führen ist, daß die Veröffentlichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen wirklich dem Kunden zu Gesicht gekommen ist, erscheint diese Konstruktion verfehlt. Bei anderen Gelegenheiten glaubte man so verfahren zu können, daß man eine Verkehrssitte annahm, die besagt, daß man sich in den in diesem Abschnitt behandelten Fällen ohne weiteres den allgemeinen Geschäftsbedingungen unterwirft[57]. Eine solche Verkehrssitte, auf die sämtliche

[52] RG. 103, 82; 109, 304.

[53] ROHG. 12, 214.

[54] Ehrenberg a. a. O. 4. Bd. 2. Abtlg. S. 98.

[55] RG. Bd. 103, 84 ff.

[56] ROHG. 15, 214 f. Teilweise auch Goldschmidt i/Z. f. Handelsrecht 1861, S. 569.

[57] Vgl. Michel a. a. O. S. 36.

Merkmale, die an das Bestehen einer Verkehrssitte zu knüpfen sind, zutreffen, besteht u. E. nicht. Deshalb erscheint auch diese Konstruktion gekünstelt. Auch die Auffassung, es handle sich hier um eine vom Gesetz nicht geregelte Art des Vertragsabschlusses, die die Rechtsprechung herausgebildet habe[58], kann hier nicht übernommen werden, denn es gibt eine einfachere Art der Konstruktion solcher Verträge.

Wir fassen die Veröffentlichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht als eine Aufforderung zur Gebotsabgabe, sondern als ein direktes Angebot auf. Durch die Inanspruchnahme der Dienste oder Leistungen dieser Unternehmungen nimmt der Kunde das Angebot an. Weitere besondere auf den speziellen Fall zugeschnittene Bedingungen werden nachträglich mit beiderseitiger Zustimmung dem Vertrag hinzugefügt. Auf diesem Weg werden die veröffentlichten allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteile.

Der Nachweis der ordnungsgemäßen Veröffentlichung geht dabei zu Lasten desjenigen, der veröffentlicht hat. Da dieser Nachweis nicht immer leicht ist, gehen Banken und Versicherungsgesellschaften oft einen anderen Weg, um ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Vertragsbestandteilen werden zu lassen. Darauf wird im nächsten Abschnitt eingegangen.

Nur sehr wenig Kaufleute können sich aber den Vorteil verschaffen, daß ihre ordnungsgemäß veröffentlichten Geschäftsbedingungen kraft Veröffentlichung Vertragsbestandteile werden. Es muß sich vielmehr um Unternehmungen handeln, die einen über das gewöhnliche Maß hinausgehenden Geschäftsbetrieb haben und zu deren Eigenart es gehört, daß sie eine große Anzahl gleichmäßiger Verträge abschließen[59].

b) Handelsgebräuche werden in besonderen Fällen Vertragsbestandteile.

Gegenstand der Untersuchung sind jetzt die Fälle, in denen eine öffentliche Bekanntmachung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht genügt, um sie zu Vertragsbestandteilen zu machen.

Diese allgemeinen Geschäftsbedingungen können sowohl Lieferungs- wie Abnahmebedingungen sein. Es ist gleichgültig, ob sie von einem einzelnen Kaufmann oder von einer Vereinigung von Kaufleuten fixiert sind. Es sind darunter auch die von Syndikaten, Kartellen und Genossenschaften aufgestellten Bedingungen zu verstehen, denn auch diese werden von dem einzelnen Kaufmann genau so benutzt, als ob es eigene Bedingungen wären. Der Lieferant z. B. erklärt, nur unter seinen allgemeinen Geschäfts-

---

[58] Ebenda S. 36.

[59] Vgl. Staub Anm. 17a zu § 346. U. Michel a. a. O. S. 27.

bedingungen zu liefern. Der Abnehmer kauft nur unter seinen Abnahmebedingungen.

Grundsätzlich müssen diese Bedingungen — und damit auch die darin enthaltenen Handelsgebräuche —, wenn sie Vertragsbestandteile werden sollen, von den Kontrahenten anerkannt werden. Diese Anerkennung kann erfolgen:

1. durch eine schlüssige Erklärung beider Parteien, daß sie unter diesen Umständen kontrahieren[60],
2. durch stillschweigende Unterwerfung unter die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kontrahenten.

Die juristisch einfachere Art ist die erstere. Beide Parteien geben die Erklärung ab, daß unter bestimmten allgemeinen Geschäftsbedingungen kontrahiert wird. Diese werden damit „lex contractus", d. h. durch den Willen und die ausdrückliche Vereinbarung beider Parteien Vertragsbestandteile. Praktisch kann diese Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen auf zwei Wegen vor sich gehen. Die Parteien können sie wörtlich in ihren Vertrag aufnehmen, oder sie können sie durch einen Hinweis im Vertragstext zum Vertragsbestandteil machen, etwa durch die Formel „Unter Zugrundelegung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma X schließen die Firmen X und Y folgenden Vertrag ab".

Es muß hier noch auf ein Verfahren hingewiesen werden, das zuweilen Banken anwenden. Bei Beginn einer Geschäftsverbindung übergeben Banken dem Kunden ein Formular ihrer Geschäftsbedingungen und lassen sich den Empfang bestätigen. Sie schließen so eine Art Vorvertrag ab, auf Grund dessen ihre Anträge um die allgemeinen Geschäftsbedingungen erweitert werden. Aus stempelsteuerlichen Gründen schließen sie keinen direkten Bankvertrag ab, etwa in der Form, daß sie sich von dem Kunden bestätigen lassen, daß alle abzuschließenden Geschäfte diesen allgemeinen Geschäftsbedingungen unterworfen sein sollen. Die Bestätigung des Empfangs, den wir eine Art Vorvertrag nannten, hat aber denselben Erfolg. Der Kunde ist verpflichtet, sich den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen anzusehen, er muß ihn gegen sich gelten lassen, wenn er nicht ausdrücklich widerspricht[61]. Die im Verkehr übliche Sorgfalt verpflichtet ihn, das ihm übergebene Formular durchzulesen und das ihm nicht Zusagende beim Vertragsabschluß auszunehmen.

Schwierig wird das Problem der allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn nicht eine ausdrückliche Vereinbarung vorliegt, sondern eine stillschweigende Unterwerfung behauptet wird. Wir haben schon darauf hingewiesen, daß die Annahme eines Antrags

---

[60] RG. in JW. 07, 849.

[61] RG. 84, 3 ff. Vgl. Michel a. a. O. S. 12.

— also ein Vertragsabschluß — nicht nur durch eine schlüssige Erklärung erfolgen kann, sondern daß man auch u. U. in dem Schweigen auf einen Antrag eine Annahme erblicken kann, nämlich immer dann, wenn der Empfänger des Antrags verpflichtet gewesen wäre, nach Verkehrssitte, Handelsgebrauch oder unter Berücksichtigung der im Verkehr notwendigen Sorgfalt zu widersprechen. Erfolgt unter diesen Umständen kein Widerspruch, so ist eine Unterwerfung unter die allgemeinen Geschäftsbedingungen anzunehmen. Da uns bei der Behandlung des Gebiets der Handelsgebräuche nur die Wirksamkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten interessieren, so gilt in diesem Zusammenhang für uns die Feststellung, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen auch unter Kaufleuten immer dann als vereinbart gelten, wenn eine ausdrückliche oder stillschweigende Unterwerfung vorliegt.

Die Schwierigkeiten beginnen bei der Untersuchung, ob in bestimmten Fälien ein Angebot unter Zugrundelegung der allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt ist oder nicht. Die ausdrückliche Vereinbarung der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist schon erörtert. Nunmehr soll noch die Frage der stilschweigenden Unterwerfung unter die allgemeinen Geschäftsbedingungen untersucht werden.

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen können vor, bei und nach Vertragsabschluß dem Kontrahenten zugehen. Diese Zeitunterschiede bedingen eine verschiedene Behandlung des Problems.

Es gibt Unternehmungen, die ihren Kunden grundsätzlich von Zeit zu Zeit allgemeine Geschäftsbedingungen zusenden. Sie wollen damit zum Ausdruck bringen, daß diese Bedingungen Grundlagen künftiger Geschäfte sein und somit Vertragsinhalt werden sollen[62]. Mit der Uebersendung verpflichten sie ihren Kunden, die Bedingungen anzusehen, denn das erfordert die im Verkehr zwischen Kaufleuten zu beobachtende Sorgfalt[63]. Nur ein ausdrücklicher Widerspruch entbindet den Kunden von der Gültigkeit der so übersandten allgemeinen Geschäftsbedingungen. Bei längerer Geschäftsverbindung ist eine Uebersendung und ein Hinweis auf sie nicht notwendig[64], denn der Kunde weiß, daß sein Kontrahent nur unter seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen Geschäfte abzuschließen pflegt, und er hat die Pflicht des Widerspruches, wenn er mit diesen nicht einverstanden ist.

Bei erstmaligen Abschlüssen ist es notwendig, die allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich zu Vertragsbestandteilen zu machen oder sie ausdrücklich dem Angebot zu Grunde zu legen,

---

[62] RG. 58, 152.
[63] RG. 58, 155.
[64] RG. I, 22. I. 08 zit. bei Michel a. a. O. S. 15.

wenn sie nicht unter Hinweis auf den bevorstehenden Vertragsabschluß übersandt sind, denn es kann dem Kunden nicht zugemutet werden, zu wissen, daß ihm der Kaufmann, mit dem er jetzt abschließt, früher einmal allgemeine Geschäftsbedingungen übersandt hat, als er noch nicht in Geschäftsverbindung mit ihm war. Soweit gehen die Anforderungen von Treu und Glauben nicht, und solche Handelsgebräuche haben sich u. W. nirgends herausgebildet[65].

Eine Ausnahme bilden auch hier die allgemeinen Geschäftsbedingungen großer Unternehmungen des Versicherungs-, Transport- und Bankgewerbes. Diese teilen oft ihre Geschäftsbedingungen den beteiligten Kreisen ohne Beziehung auf ein bestimmtes Geschäft mit. Sie wollen damit kund tun, unter welchen Bedingungen sie abzuschließen bereit sind. Die Empfänger müssen sich mit den mitgeteilten Bedingungen bekannt machen und diese mangels abweichender Vereinbarung gegen sich gelten lassen[66], denn bei ihnen muß der Kontrahent mit dem Bestehen von allgemeinen Geschäftsbedingungen rechnen und seine Akten daraufhin durchsuchen, ob ihm diese mitgeteilt sind.

Beim Vertragsabschluß gehen dem Vertragspartner meist die allgemeinen Geschäftsbedingungen mit einem Hinweis auf diesen bestimmten bevorstehenden Abschluß zu. Sie werden mangels Widerspruch stillschweigend Vertragsinhalt; denn ein Partner hatte seinem Willen Ausdruck gegeben, daß sie Vertragsbestandteile werden sollen, und der andere Partner hatte dieser Aufnahme in den Vertragsinhalt nicht widersprochen. Gemäß Treu und Glauben gilt dieses Schweigen als Zustimmung[67].

Erfolgt in einem Schreiben ein Hinweis auf beiliegende allgemeine Geschäftsbedingungen und liegen diese irrtümlicherweise nicht bei, so muß der Empfänger diesen Fehler rügen, sonst unterwirft er sich diesen Bedingungen, ohne daß er davon Kenntnis genommen hat[68]. Die im Verkehr unter Kaufleuten zu beobachtende Sorgfalt erfordert diese Fehlanzeige. Erst wenn darauf keine Zusendung erfolgt, ist keine Unterwerfung anzunehmen, denn in diesem Falle hat der Kontrahent die notwendige Sorgfalt vermissen lassen.

Das Wissen allein, daß beim Gegner Geschäftsbedingungen bestehen, macht diese nicht zu Vertragsbestandteilen[69]. Wenn ohne Bezugnahme auf sie abgeschlossen ist und sie dem Partner nicht bekannt sein mußten, ist keine Unterwerfung anzunehmen, denn soweit geht die kaufmännische Sorgfalt und Treu und Glau-

---

[65] Anders, Hans, Gerichtszeitschrift 1917, S. 252.

[66] RG. 13, 77; 58, 155.

[67] RG. 84, 1.

[68] OLGR. Bd. 40, S. 263 des Oberlandesgericht Stuttgart.

[69] RG. 66, 40.

ben[70] nicht, daß eine Erkundigungspflicht besteht, wie die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Gegners lauten, wenn sie dieser nicht bekannt gibt.

Oft werden die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Einfachheit halber direkt auf Briefformulare aufgedruckt. Sie werden dann ohne weiteres Vertragsbestandteile, sofern im Brieftext auf sie hingewiesen und kein Widerspruch erfolgt ist. Nicht einheitlich ist die Rechtsprechung in den Fällen, in denen im Brieftext nicht besonders auf die aufgedruckten Bedingungen hingewiesen ist. Hier muß von Fall zu Fall entschieden werden, ob der Kontrahent bei üblicher Sorgfalt erkennen konnte, daß allgemeine Geschäftsbedingungen aufgedruckt sind und daß diese mangels Widerspruchs zu Vertragsbestandteilen werden sollten. Diese Erfordernisse hat auch das Reichsgericht in einem Urteil verlangt, in dem es die aufgedruckten Geschäftsbedingungen als stillschweigend vereinbart annahm[71]. Vermerke, die nur bei außerordentlicher Aufmerksamkeit feststellbar sind, können unbeachtet bleiben[71]. Sie werden nicht Vertragsbestandteile ohne ausdrückliche Zustimmung, denn eine außerordentliche Aufmerksamkeit erfordert die übliche Sorgfalt nicht.

Enthalten Preislisten und Kataloge allgemeine Geschäftsbedingungen, so werden diese bei einer Bestellung nicht ohne weiteres Vertragsbestandteile, denn Preislisten, Kataloge usw. sind keine Angebote, sondern nur Aufforderungen zur Abgabe von Angeboten. Hier muß festgestellt werden, ob der Bestellende die allgemeinen Geschäftsbedingungen seinem Angebot zu Grunde gelegt hat. Enthält z. B. eine Bestellung einen Hinweis auf einen Katalog, so sind die in diesem mitgeteilten allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteile anzunehmen[72], denn mit der Bezugnahme auf den Katalog teilt der Besteller mit, daß er von dessen Inhalt Kenntnis genommen hat und berechtigt den Kontrahenten zur Annahme, daß er mit diesem einverstanden ist, falls er nicht widerspricht. Ist aber in dem Angebot nicht auf den Katalog oder die Preisliste Bezug genommen, so gelten die eingedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht als vereinbart, auch wenn die Bestellung nur an Hand des Kataloges verständlich ist. Der Bestellende hat durch die Nichterwähnung des Katalogs oder der Preisliste seine Absicht zu erkennen gegeben, unter Ausschluß der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu kontrahieren. Nach Ansicht des Reichsgerichts brauchen Vermerke auf Katalogen und Preislisten über allgemeine Geschäftsbedingungen nicht beachtet zu werden[73].

[70] Vgl. weiter unten die Ausführungen über die einschränkende Wirkung von Treu und Glauben.

[71] RG. i. JW. 01, 621.

[72] Michel a. a. O. S. 17.

[73] RG. in Holdheim 11. Jahrgang 1902, S. 161.

Werden allgemeine Geschäftsbedingungen erst nach Vertragsschluß überreicht, ohne daß im Vertrag auf sie Bezug genommen ist, und ohne daß sie stillschweigend vereinbart sind, so ist diese Uebergabe als ein Antrag anzusehen, sie dem schon abgeschlossenen Vertrag hinzuzufügen. Es liegt dann bei dem Kontrahenten, zuzustimmen oder abzulehnen. Schweigen bedeutet im allgemeinen in diesem Falle keine Zustimmung, denn der Antragende ist nicht berechtigt anzunehmen, daß der Schweigende, wenn er sich äußern würde, seine Zustimmung gäbe. Grundsätzlich kann eine nachträgliche Aufnahme der allgemeinen Geschäftsbedingungen nur durch beiderseitige schlüssige Erklärungen erfolgen.

In all den in diesem Abschnitt erwähnten Fällen werden gleichzeitig mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen auch die in ihnen enthaltenen Handelsgebräuche Vertragsbestandteile. Im Prozeßfalle bietet diese Tatsache einen Vorteil, denn es ist im allgemeinen leichter zu beweisen, daß allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart sind oder daß sich der Partner diesen unterworfen hat, als den Nachweis für das Bestehen eines bestimmten Handelsgebrauchs zu führen.

In Verbindung mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen erscheint es notwendig, den Charakter der Börsenbedingungen zu untersuchen. Mit vielen anderen hält sie Staub[74] für Handelsgebräuche, die sich z. T. mit der Zeit zur Rechtssitte — also zum Gewohnheitsrecht — verdichten. Auch Oertmann sieht in ihnen Handelsgewohnheitsrecht[75]. Eine andere Gruppe ist der Ansicht, daß sie autonome Rechtsschöpfungen sind[76]. Dann faßt man sie auch als allgemeine Geschäftsbedingungen auf.

Düringer-Hachenburg charakterisieren sie u. E. zutreffend als Geschäftsbedingungen, denen sich die Börsenmitglieder durch ihre Zugehörigkeit zur Börse unterwerfen, während ihre Gültigkeit für Nichtmitglieder von Fall zu Fall zu prüfen ist[77].

Gegen die Ansicht, daß Börsenbedingungen Handelsgebräuche oder Handelsgewohnheitsrecht sind, spricht die Tatsache, daß Handelsgebräuche und Gewohnheitsrecht nicht an einem bestimmten Tage abgeändert werden können, wie das oft mit Börsenbedingungen geschieht. Es sei zugegeben, daß die von Börsenorganen veröffentlichten Börsenbedingungen viele Handelsgebräuche enthalten, die durch die Veröffentlichung in diesem Zusammenhang ihren Charakter nicht verlieren. Es werden aber auch Usancen bekanntgegeben, die z. Z. ihrer Veröffentlichung nichts anderes sind als Musterbedingungen, die den Abschlüssen zugrunde gelegt werden sollen. Mit der Zeit wird auch die Mehr-

---

[74] Staub Einl. Anm. 36.
[75] a. a. O. S. 33.
[76] Bokofzer a. a. O. S. 59.
[77] Anm. 10 zu § 346.

zahl von ihnen Anerkennung als Handelsgebrauch finden. Im Augenblick der Veröffentlichung sind die Börsenbedingungen noch nicht alle Handelsgebrauch.

Autonome Rechtsschöpfungen können sie deshalb nicht sein, weil kein Gesetz den Börsen Autonomie gibt, denn Autonomie ist die Befugnis zum Erlaß von Rechtssätzen für einen engeren Kreis als der Staat, die der Staat verleiht[78]. Wie schon erwähnt, ist eine solche Verleihung an die Börsen nicht erfolgt.

Unsere Auffassung ist die, daß Börsenusancen im Prinzip Geschäftsbedingungen sind, denen sich die Mitglieder der Börse durch Tätigung von Geschäften an der Börse unterwerfen. Ob sich Nichtmitglieder der Börsenordnung unterworfen haben, entscheidet sich nach denselben Merkmalen, die für die Unterwerfung unter die allgemeinen Geschäftsbedingungen maßgebend sind. Für diejenigen von ihnen, die tatsächlich Handelsgebrauch sind, gilt das, was über Handelsgebräuche gesagt ist, die Teile von allgemeinen Geschäftsbedingungen sind.

Es besteht auch die Möglichkeit, daß Börsenbedingungen kraft Handels- oder Verkehrssitte Vertragsbestandteile werden. In diesem Falle greifen die Bestimmungen über diese in üblicher Form ein.

Alle die Handelsgebräuche, die bisher besprochen wurden, können auf dem Weg über die allgemeinen Geschäftsbedingungen oder auf dem soeben geschilderten Weg Vertragsbestandteile werden. Zur Abrundung unseres Bildes von der Gebräuchesammlung im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr werden jetzt noch zwei Uebungen aus der großen Zahl, die die Sammlung enthält, und die alle Vertragsbestandteile werden können, ausgewählt und besprochen.

Die Fracht ist vom Käufer zins- und skontofrei vorzulegen, auch wenn Frankolieferung vereinbart ist[79]. Diese Uebung hat für beide Teile Vorteil. Der Verkäufer braucht zu seiner Ware nicht noch Geld hinzuzulegen und der Käufer hat einen festen Preis franko Bestimmungsstation. Er muß lediglich die Fracht vorlegen und vom Rechnungsbetrag in Abzug bringen. Eine besonders günstige Lösung bedeutet dieser Brauch für kapitalschwache Unternehmen, wenn große Frachtsummen in Frage kommen. Holzhändler, die von Werkstationen versenden und beim Versand nicht anwesend sind, ersparen die Kosten für die Uebersendung der Fracht an die Abgangsstation bzw. an die Station, an der sie umdirigieren, damit der Empfänger die Abgangsstation nicht erkennen kann.

Die Versendung von Holz erfolgt üblicherweise in offenen Wagen ohne irgend welche Schutzmaßnahmen. Wünscht der

---

[78] Staub Einl. Anm. 37.

[79] § 2 der Gebr. i. swd. Hhv.

Käufer geschlossene Wagen oder Decken, so hat er die Kosten dafür zu tragen. Die im Holzhandelsverkehr übliche Sorgfalt erfordert nicht, daß besondere Schutzmaßnahmen für den Trockenheitsgrad des Holzes ergriffen werden, denn, wenn Holz einmal getrocknet war, wird es schnell wieder trocken und erleidet während der Lagerung in Waggon keinen Schaden. Es ist daher recht und billig, daß darüber hinausgehende Anforderungen des Käufers auch von ihm bezahlt werden.

Letztlich soll hier noch auf einen Weg hingewiesen werden, auf dem Handelsgebräuche Vertragsbestandteile werden, der im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr nicht selten beschritten wird.

Es kommt öfters vor, daß Kontrahenten Verträge abschließen mit dem Zusatz „unter Zugrundelegung der in der Gebräuchesammlung des Vereins von Holzinteressenten in Freiburg i. Brsg. enthaltenen Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr vereinbaren wir folgendes ...". Damit üben die Handelsgebräuche nicht ihre ursprüngliche Funktion kraft Verweisung des Gesetzes auf sie aus, sondern sie werden wie jede andere Parteivereinbarung Vertragsbestandteile, also lex contractus. Es können auf diese Weise alle Handelsgebräuche, die die genannte Sammlung enthält, Vertragsbestandteile werden, aber nur zufolge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung; denn in der Holzbranche gibt es nicht so bedeutende Unternehmungen, deren allgemeine Geschäftsbedingungen kraft Veröffentlichung bei allen Vertragsschlüssen mit ihnen Vertragsbestandteile werden.

§ 20. Einschränkende Wirkung von Treu und Glauben.

Die Verbindlichkeit der Handelsgebräuche wird wesentlich eingeschränkt von dem ihnen übergeordneten Prinzip von Treu und Glauben. Sie sind, wie schon erwähnt, nur Hilfsmittel zur Feststellung von Treu und Glauben. Das Gesetz drückt diese Ueberordnung von Treu und Glauben nicht direkt aus, sie ergibt sich aber aus den Bestimmungen über die Verkehrssitte, denn das Gesetz sagt deutlich, „Verträge sind so auszulegen, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern" und „Leistungen sind so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". Damit tritt klar zutage, daß sich die Verkehrssitte Treu und Glauben unterzuordnen hat. Meistens wird sie ein Bestandteil von Treu und Glauben sein; denn sie bildet sich aus dem Gerechtigkeits- und Billigkeitsempfinden der sie Benutzenden. Trotzdem muß sie sich immer die Prüfung gefallen lassen, ob sie Treu und Glauben entspricht oder ob sie nur einseitig ist und einseitige Interessen pflegt. In diesem Falle hat sie Treu und Glauben zu weichen und muß als unsittlich bezeichnet werden. Daraus ist zu folgern, daß eine

Verkehrssitte, die zwar allgemein geübt wird, aber gegen Treu und Glauben verstößt, bei einem Urteilsspruch unberücksichtigt bleiben muß[80]. Selbst wenn eine Verkehrssitte im allgemeinen nicht gegen Treu und Glauben verstößt, so kann es ihre Anwendung in einem bestimmten Falle doch tun. In diesem Fall muß ein Hinweis auf Treu und Glauben das Gerechtigkeitsempfinden des Richters die richtige Lösung finden lassen.

Es läßt sich keine allgemeine Regel aufstellen, wann die Verkehrssitte gegen die guten Sitten verstößt. Treu und Glauben müssen immer entscheiden[81].

Dieselbe Einschränkung gilt auch für den Handelsgebrauch, obwohl sie in § 346 HGB. nicht gemacht wird. Denn der Grundsatz von Treu und Glauben durchzieht wie ein roter Faden unsere ganze Gesetzgebung, und es wäre widersinnig, wenn der Gesetzgeber gerade in diesen außerordentlich wichtigen Paragraphen diesen Grundsatz vernachlässigt hätte. Er hielt die Anwendung für selbstverständlich, zumal dieser Paragraph sich auf §§ 157 und 242 BGB. bezieht.

Dadurch, daß das BGB. und damit die Verkehrssitte und Handelsgebrauch unter dem Prinzip von Treu und Glauben stehen, hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung einen Spielraum gelassen, worin sie Billigkeitsempfinden walten lassen kann. Das gilt jedoch nur soweit, als die Ergebnisse mit dem Geist des Gesetzes vereinbar sind[82] und soweit sie sich innerhalb des Gebietes der Rechtsethik halten. Die weitergehenden Forderungen der Freirechtsschule, die vom Richter verlangen, daß er aus allen möglichen Gründen, wie politische, wirtschaftspolitische und soziale, Treu und Glauben vor den Gesetzesnormen den Vorzug gibt, entsprechen diesem Geist des Gesetzes nicht mehr.

Die sogenannte Treu- und Glaubensjurisprudenz, von der Henle[83] als von einer „Seuche" spricht, hat aber ihre guten Seiten. Sie wendet Treu und Glauben auch entgegen den Gesetzes- oder Vertragsbestimmungen dann an, wenn es nötig ist, um ein dem Rechtsempfinden entsprechendes Ergebnis zu erzielen. Diese Gesetzesverletzungen sanktioniert das BGB. durch die §§ 133, 157, 226 und 242.

Die Stellung von Treu und Glauben ist so stark, daß trotz eines vorherigen Verzichts sich jede Partei auf sie berufen kann[84].

---

[80] RG. 114, 13; 101, 75.

[81] Vgl. Düringer-Hachenburg, Anm. 11 zu § 346.

[82] J. V. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. neu bearb. Aufl., 1925, München-Berlin-Leipzig.

[83] Treu und Glauben im Rechtsverkehr, Berlin 1912.

[84] Vgl. Staudinger a. a. O. § 157 Nr. 2.

LITERATUR-VERZEICHNIS.

1. Bücher:

Apt: Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, 3 Bände, Berlin 1907, 1910, 1914.

Becker: Bestätigungsschreiben in Recht und Handel, 1927, S. 61.

„ Schweigen im Handelsverkehr in Recht und Handel, 1927, S. 61.

„ Geschäftsbedingungen in Recht und Handel, 1927, S. 247.

Bendix: Verkehrssitte und Handelsgebräuche in Jur. Wochenschrift, 1921, S. 226 ff.

Bokofzer: Die Rechtsgültigkeit der Berliner kodifizierten Handelsgebräuche. Diss. Königsberg 1922.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1922.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena 1911.

Deparade: Die Kodifikation von Handelsgebräuchen durch die Industrie- und Handelskammern und ihre Bedeutung für den Handelsverkehr und die Rechtsentwicklung. Diss. Göttingen 1927.

Dove: Das Verhältnis von Handelsgebräuchen, kodifizierten Geschäftsgebräuchen einzelner Wirtschaftsgruppen und die Rücksicht auf die guten Sitten, in Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Berlin 1930, S. 815.

„ Verwertung von Gutachten, in Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Berlin, Jg. 1929, S. 813.

Dove-Apt: Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Berlin 1900.

Dove: Handelsgebräuche und typische Geschäftsbedingungen, in Jur. Wochenschrift 1916, S. 368.

Dove-Meyerstein: Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von der Handelskammer zu Berlin, Bd. 1 u. 2. Berlin 1907 und 1902.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. IV. Mannheim 1932.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts. Leipzig 1913 ff.

Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, I. Halbband. Leipzig 1883.

Eneccerus, Kipp und Wolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Marburg 1924.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1868.

Gutsche-Behrend: Handelsgebräuche im Großhandel und Schifffahrtsverkehr Magdeburgs. Magdeburg 1905.

Guthaner: Die neuesten Handelsgebräuche beim Handelskauf. Diss. Breslau 1927.

Hellauer: System der Welthandelslehre. Berlin 1920.

Hammelbeck: Allgemeine Geschäftsbedingungen. Berlin 1930.

Jakobsohn: Schweigen im Handelserkehr, in Bankarchiv, Jg. 3, S. 197.

Kahane: Gutachten und Gebräuche im Königsberger Handel. Königsberg 1907.

Laband: Die Handelsusancen, in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 17, 1872.
Laris: Holzproduktion, Holzverkehr und Holzhandelsgebräuche in Deutschland. Eisenach 1907.
Manigk: Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
Meyer: Der Handelsbrauch, insbesondere sein Verhältnis zu den dispositiven Gesetzesbestimmungen. Diss. Erlangen 1928.
Meyerstein: Eigentumsvorbehalt und Handelsbrauch, in Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Berlin, Jg. 1930, S. 559.
Michel: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung. Tübingen 1932 in Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, hrsg. von Arthur Nußbaum, Heft 8.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. Tübingen 1920 ff.
Müller-Eisert: Allgemeine Lieferungsbedingungen. Berlin 1931.
Neufeld-Schwarz: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2. 1931.
Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914.
„ Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1928 und 1929.
Plank: Bürgerliches Gesetzbuch, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1907.
Rehme: Das heutige deutsche Handelsrecht, in Ehrenberg, Bd. I.
Riesenfeld: Breslauer Handelsgebräuche. Breslau 1911.
Roßbach: Handelsgebräuche und Handelskammern, in Deutsche Juristenzeitung 1906.
Rühl: Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft. Mannheim 1931.
Schneider: Abänderliches Recht und Verkehrssitte, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 59.
Schreiber: Handelsgebräuche. Mannheim 1922.
Simonson: Schweigen als Genehmigung im Handelsverkehr, in Zentralblatt für Handelsrecht, Febr. 1927, S. 41.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1920 ff.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, und dem Einführungsgesetze. Berlin-München-Leipzig, 1. Bd. 1925, 2. Bd. 1930.
Stein: Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893.
Stier, Somlo und Elster: Handwörterbuch der Staatswissenschaften.
Titze: Richtermacht und Vertragsinhalt. Tübingen 1921.
Trumpler: Handelskammern und Rechtsentwicklung in Deutsche Juristenzeitung 1912, S. 73 ff.
Wertheimer: Handelsgebräuche in der Textilbranche. Berlin 1922.
Weygand: Mängel und Mängelansprüche. Leipzig 1926.
Gebräuche im südwestdeutschen Holzhandelsverkehr. Freiburg i. Brsg. 1931 (zit.: Gebr. i. swd. Hhv.).
Mitteldeutsche Gebräuche für den Verkehr mit Holz und Furnieren. Leipzig 1924.
Lieferbedingungen und Gebräuche im bayerischen Holzhandelsverkehr. München 1926.

2. Zeitschriften und periodische Sammlungen:

Deutsche Juristen-Zeitung, begr. von Laband, Stenglein und Staub, Verlag von Otto Liebmann. Berlin (zit.: DJZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts (zit.: RG).
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (zit.: ROHG.).
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Verlag Franz Vahlen, Berlin (zit.: Gruch.).

Hanseatische Recht- und Gerichtszeitschrift (zit.: Hans. GZ.).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Verlag Gustav Fischer, Jena.
Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins (zit.: J.W.).
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Verlag J. Schweitzer, Berlin-München-Leipzig.
Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Berlin.
Recht und Handel, Monatsschrift aus der Praxis für Industrie und Handel. Verlag J. Heß, Stuttgart.
J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München-Berlin, Verlag R. Oldenbourg.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Leipzig, Roßberg (zit.: Warn.).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begr. von Goldschmidt. Verlag Ferd. Enke.
Holz-Zentralblatt, Zentralblatt für den deutschen Holzhandel. Stuttgart, Verlag Karl Weinbrenner u. S.

LEBENSLAUF.

Am 7. Februar 1906 wurde ich als Sohn des Steigers Friedrich Wirth zu Maybach/Saar geboren. Meine Schulbildung genoß ich an der Volksschule zu Landsweiler/Saar und an dem Reformrealgymnasium in Sulzbach/Saar. Diese Anstalt verließ ich im Jahre 1922 mit der Primareife, um in die kaufmännische Lehre zu treten. Nachdem ich in verschiedenen Betrieben tätig war, ließ ich mich im Sommersemester 1928 an der Handels-Hochschule Mannheim immatrikulieren. Während des Studiums legte ich die Reifeprüfung an der Ober-Handelsschule in Freiburg i. Br. ab. Im Juli des Jahres 1931 erwarb ich an der Handels-Hochschule zu Mannheim den Grad eines Diplom-Kaufmanns.

Buchdruckerei E. Bechstein, Inh. Wilh. Hinckel
Wertheim am Main
1933